Die Straßenhoheit des Kantons Bern

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris utriusque
der Universität Bern

vorgelegt von

HANS BEER, Fürsprecher
von Trub, Kt. Bern

Buchdruckerei Fr. Dürig, Ostermundigen
1932

Die Strassenhoheit des Kantons Bern

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel.

Begriff und Rechtsnatur der Straßenhoheit.

2. Kapitel.

Beschränkungen der kantonalen Straßenhoheit durch die Bundesgesetzgebung.

I. Oeffentlichrechtliche Beschränkungen.

1. Die Freiheitsrechte der Schweizerbürger.
2. Administrativkompetenzen des Bundes.
3. Gesetzgebende Kompetenzen und selbstherrliche Benutzungsrechte des Bundes.

II. Privatrechtliche Beschränkungen.

3. Kapitel.

Die einzelnen Aeußerungen der bernischen Straßenhoheit und ihre Auswirkung.

I. Unterordnung des Straßenwesens unter die Gesetzgebung.

1. Bestimmung des Oeffentlichkeitscharakters und Klassifikation.
2. Straßenbau.
3. Unterstellung von Privatwegen.

II. Unterstellung unter die Verwaltung.

1. Unterhalt.
2. Benutzung.
3. Straßenpolizei.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur.

Anschütz, Krit. Studie zur Lehre vom Rechtssatz, 1906.

Bavier, Die Straßen der Schweiz, Zürich, 1878.

Becker, Pandekten.

Biermann, Die öffentlichen Sachen, Gießen, 1905.

Blumenstein, Schweizerisches Steuerrecht, 1926, I. Halbband.
Handbuch des Schweiz. Schuldbetreibungsrechts, Bern, 1911.

Burckhardt, Kommentar zur Bundesverfassung, Bern, 1914.

Egger, Kommentar zum ZGB (Personenrecht), Zürich, 1911.

v. Eschtruth, Der öffentliche Weg, Berlin, 1902.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen, 8. Auflage, 1928.
Schweiz. Bundesstaatsrecht, Tübingen, 1923.

Friedenthal, Preussisch. Wegrecht, Breslau, 1906.

Germershausen, Wegrecht und Wegverwaltung in Preußen, Berlin, 1907.

Gierke, Deutsches Privatrecht, 1905.

Gmür, Kommentar zum ZGB, Bern, 1920.

Haab, Das Objekt der Expropriation, Bern, 1916.

Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Leipzig, 1924.

Hawelka, Das Recht des öffentl. Weges in Oesterreich, Wien, 1910.

Hoffmann, Die Wegbaulast in Pommern, Diss. Tübingen, 1907.

Jellinek, System d. subj. öffentl. Rechte, Tübingen 1905.

Iten, Das Wasserrecht, Zürcher Diss. 1914.

Just, Wegordnung für Westpreußen, Berlin 1906.

Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte.

Landmann, Kommentar zur deutschen Gewerbeordnung.

Lasser, Grundbegriffe des preußischen Wegrechts, Diss. Berlin, 1909.

Leemann, Kommentar zum ZGB: Sachenrecht, Bern, 1925.

Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Leipzig, 1914/17.

Reichesberg, Handwörterb. d. schweiz. Volkswirtschaft III/1, Bern, 1904.

Reitzenstein, Das deutsche Wegrecht, Freiburg, 1890.

Schelcher, Der öffentliche Weg.

Schollenberger, Grundriß d. Staats- u. Verwaltungsrechts, Zürich, 1900.

Stölzel, Rechtsweg u. Kompetenzkonflikt in Preußen, Berlin, 1901.

Theobald, Das Rechtsverhältnis an öffentl. Sachen, Heidelberg, Diss, 1912.

Vollmar, Bernisches Rechtsbuch, VI., Bern, 1920.

Wieland, Kommentar zum ZGB: Sachenrecht, Zürich, 1909.

Windscheid, Pandekten, Frankfurt, 1891.

Blätter für zürcher. Rechtspflege.

Schweiz. Zeitschrift für Straßenwesen.

Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung.

Zeitschrift des bern. Juristenvereins (ZBJV).

Monatsblatt für bernische Rechtssprechung (M).

Monatsblatt für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.

Zeitschrift für schweiz. Recht.

Schweiz. Bundesblatt.

Schweiz. Juristenzeitung.

Leipziger Verkehr und Verkehrspolitik.

ERSTES KAPITEL.

Begriff und Rechtsnatur der Strassenhoheit.

Das in Kraft stehende bernische Gesetz über den Straßen- und Brückenbau vom 21. März 1834 bestimmt in Art. 2: «Die öffentlichen Straßen und Wege, und die zu dem Gebrauche derselben notwendigen Brücken und Tollen (Wasserabzüge) sind *öffentliche Sachen*»[1].

Gemäß Art. 664 I ZGB stehen die öffentlichen Sachen unter der *Hoheit des Staates,* in dessen Gebiet sie sich befinden. Der Gebietsstaat ist der *Kanton,* auf dessen Territorium die öffentliche Sache gelegen ist. Hoheits- und Regierungsrechte (Herrschaftsrechte) sind Rechte der Staatsgewalt. Nach außen hin tritt die Staatsgewalt als Souveränität auf, nach innen äußert sie sich in umfassenden Machtbefugnissen gesetzgeberischer und administrativer Art[2].

Demnach umfaßt die *Straßenhoheit die Machtbefugnisse des Staates über das Straßenwesen in gesetzgeberischer und administrativer Richtung.* Träger des Hoheitsrechtes ist der Kanton als handelndes (öffentlich-rechtliches) Subjekt. Aber auch der unterworfene Teil muß nach der herrschenden Lehre ein Subjekt sein. So wird z. B. das verwaltungsrechtliche Verhältnis, eine der Aeußerungen der Souveränität, als «ein rein persönliches Band zwischen bestimmten Rechtssubjekten, dem Staat und den Untertanen», aufgefaßt[3]. Allein das geltende schweizerische und bernische Recht kennt auch dingliche Rechtsbeziehungen öffentlichrechtlicher Natur. Bei der rechtlichen Bindung eines Grundstückes zu Verkehrszwecken erscheint als das Wesentliche nicht die Gehorsams- oder Duldungspflicht von Personen in Bezug auf die Liegenschaft, sondern

[1] Das bern. *Verfassungsrecht* enthält über die Straßenhoheit keine Bestimmungen.

[2] *Schollenberger* I 22;

[3] So unter vielen anderen *Fleiner,* Institutionen 146.

unmittelbar die Unterwerfung der Sache. Die einschlägigen Rechtssätze sind stets auf das verwendete Sachmittel abgestellt.

So geht schon das bernische Straßengesetz von 1834 vom Begriff der «öffentlichen Sache» aus (Art. 2), der auch im damaligen Zivilrecht (C. 335) festgelegt war. Vom gleichen Begriffe geht auch Art. 664 Abs. 1 ZGB aus, der in Abs. 3 als Beispiel öffentlicher Sachen ausdrücklich «Straßen und Plätze» nennt, und das bernische Einführungsgesetz zum ZGB, das in Art. 78 von der «Benutzung öffentlicher Sachen» handelt. In Art. 126 handelt dieses Einführungsgesetz sogar ausdrücklich von «öffentlichen Grundstücken». Die Wissenschaft schließlich hat den Begriff der öffentlichen Sache als eines besonderen Institutes ausgebildet[4].

Der Begriff des hoheitsrechtlichen und insbesondere des verwaltungsrechtlichen Verhältnisses bedarf daher einer Erweiterung, um auch die öffentlichrechtlichen dinglichen Beziehungen zu umfassen. Man setzt sich damit übrigens keineswegs in Widerspruch mit dem Satz, daß Hoheitsrechte zwischen bestimmten Rechtsubjekten bestehen müssen. Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person und nicht zwischen Person und Sache. Bei einem dinglichen Recht ist nur «der Wille des Berechtigten maßgebend für das Verhalten in betreff der Sache, d. h. für das Verhalten eines Jedweden, nicht für das Verhalten dieses oder jenes»[5]. Es besteht somit kein wirklicher Gegensatz. Es wird vielmehr durch die Betonung des öffentlichrechtlichen dinglichen Verhältnisses nur zum Ausdruck gebracht, daß der hoheitliche Wille nicht nur denjenigen aus der Zahl der Gewaltunterworfenen bindet, der im bestimmten hoheitsrechtlichen Verhältnis steht, sondern jeden Untertan. Wenn wir in diesem Sinne den Begriff der «öffentlichen Sachherrschaft»[6] festhalten, so fällt die *Straßenhoheit* im allgemeinen und diejenige des Kantons Bern im besonderen

---

[4] *Biermann,* Die öffentl. Sachen (Gießen 1905); *Theobald,* Die Rechtsverh. an öffentl. Sachen (Heidelb. Diss. 1912); *Fleiner,* Institutionen 327 ff. u. a. m. Grundlegend Otto *Mayer,* Deutsches Verwaltungsrecht.

[5] *Windscheid,* Pandekten I 167.

[6] *Gierke,* Deutsches P.-R. II 408.

unter den Begriff einer öffentlichrechtlichen Beziehung des Staates zu gewaltunterworfenen Personen und Sachen. Die nähere Begriffsbestimmung dieser öffentlichrechtlichen dinglichen Beziehung muß die *Art* der Sachherrschaft und ihr *Substrat* aufzeigen.

Was zunächst die *Art* betrifft, so sind zwei Möglichkeiten denkbar: die Unterworfenheit ist eine vollkommene, so daß andere rechtliche Beziehungen zur Sache nicht entstehen können, oder sie gibt noch anderen rechtlichen Beziehungen Raum. Im Falle einer vollkommenen Wirkung würde für eine privatrechtliche Beziehung der Sache keine Möglichkeit übrig bleiben. In der Wissenschaft begegnen wir derartigen Auffassungen der hoheitsrechtlichen Beziehungen zu öffentlichen Sachen als «öffentlichem Eigentum», das jedes privatrechtliche Verhältnis ausschließt[7]. Welcher Art der Sachherrschaft die bernische Straßenhoheit zugehört, das ist nur aus den positiven Rechtsvorschriften zu erschließen.

Art. 664 ZGB stellt allgemein klar, daß die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen durch das öffentliche Recht geregelt werden (Abs. 3). Er stellt einen Anwendungsfall des Art. 6 dar, nach welchem das ZGB das öffentliche Recht der Kantone prinzipiell unberührt läßt. Er statuiert ferner das Hoheitsrecht des Gebietstaates, ohne auf den Inhalt dieses Rechts näher einzutreten (Abs. 1).

Hingegen ordnet Art. 944 I ZGB folgendes an:

«Die nicht im Privateigentum stehenden und die dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke werden in das Grundbuch nur aufgenommen, wenn dingliche Rechte daran zur Eintragung gebracht werden sollen oder die Kantone deren Aufnahme vorschreiben.»

Aus der Bestimmung des Art. 664 ist zunächst zu schliessen, daß das ZGB, indem es die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen dem öffentlichen Rechte zuweist, zu der Frage der rechtlichen Zugehörigkeit der öffentlichen Sachen und zu der rechtlichen Natur dieser Zugehörigkeit in keiner

[7] Otto *Mayer*, Deutsch. Verwaltungsrecht II §§ 35 ff.; weitere Literaturangaben bei *Fleiner*, Instit. § 20.

Weise Stellung nimmt. Dadurch wird die Lösung der Frage, ob zwischen Hoheitsträger und Sache eine Eigentumsbeziehung bestehe und welcher Art sie sei, eine privat oder öffentlich-rechtliche, dem kantonalen öffentlichen Recht überlassen[8].

Der Standpunkt des ZGB betreffend die *Zulässigkeit* privatrechtlicher dinglicher Rechtsbeziehungen an öffentlichen Sachen kann jedoch angesichts der Bestimmung des obzitierten Art. 944 I nicht zweifelhaft sein. Unter «dinglichen Rechten» sind in diesem Artikel nicht nur die beschränkten dinglichen Rechte (z. B. Servituten), sondern auch Eigentum zu verstehen[9].

Wie sich das öffentliche Recht der Kantone zu der Art des Herrschaftsverhältnisses gegenüber öffentlichen Sachen stellt, läßt sich an Hand der Einführungsgesetze zum ZGB und der Verwaltungsgesetzgebung des betreffenden Kantons, bezw. der Administrativ- und Gerichtsentscheide feststellen.

Das bernische EG zum ZGB bestimmt, daß die öffentlichen Grundstücke des Staates und der Gemeinden in das Grundbuch aufzunehmen seien (Art. 126). Aus dieser Bestimmung könnte gefolgert werden, daß der Kanton Bern die «öffentlichen Grundstücke» dem privaten Sachenrecht unterstelle[10]. Allein die Vorschrift kann auch auf Gründen der Ordnung (Feststellung des öffentlichen Gutes) beruhen. Sind doch nach Anordnung des Art. 127 EG auch die durch Alignementspläne der Gemeinden bewirkten Eigentumsbeschränkungen, trotzdem sie öffentlichrechtlicher Natur sind, im Grundbuche anzumerken.

Hingegen enthält schon das Straßengesetz von 1834 folgende Bestimmung: «Die künstlichen Wasserleitungen jeder Art, sowie die Brücken und Tollen (Wasserabzüge), welche wegen bestehender Zivilrechte angelegt sind, sollen von den Inhabern dieser Rechte auf eigene Rechnung nach den näm-

---

[8] *Leemann* IV. 1. Art. 664; anderer Meinung *Wieland* N. 4 d und 5 Art. 664.

[9] *Erl.* 353, 422; *Leemann* N. IV. 2 ad. Art. 664.

[10] So *Müller,* D. Eigentum an öffentl. Sachen n. schw. R. (Z. sch. R. 31, 1912, 207 ff.).

lichen Vorschriften erbaut und unterhalten werden, wie die, welche dem Staate gehören» (Art. 9).

Es wird hier deutlich zwischen Teilen öffentlicher Straßen unterschieden, an denen Zivilrechte privater Personen bestehen und solchen, die im Eigentum des Staates stehen. Ebenso spricht die V des Regierungsrates zum Straßenpolizeigesetz vom 5. Juni 1907 vom «Straßeneigentümer», der die Bewilligung zu Lagerungen usw. zu erteilen befugt ist (§§ 19, 21). Ferner wird von «im Privateigentum befindlichen Böschungen der öffentlichen Straßen und Wege» gesprochen (§ 25).

Die stadtbernische Polizeiordnung vom 8. Februar 1911 gibt sogar eine kategorische Erklärung über das Verhältnis zwischen Gemeingebrauch und Eigentum an öffentlichen Straßen. Sie lautet:

«Als öffentliche Straßen im Sinne der nachstehenden Bestimmungen gelten neben den im Eigentum von Staat und Einwohnergemeinde Bern befindlichen Straßen, Wegen und Plätzen auch die Privaten angehörenden Straßen, Wege, Trottoirs und Lauben (Arkaden), welche dem öffentlichen Verkehr geöffnet sind. — Die Rechte der Privaten an ihrem Eigentum bleiben vorbehalten. Diejenigen Vorschriften, die sich lediglich auf das Eigentumsrecht von Gemeinde und Staat auf Grund und Boden stützen, finden somit auf Privatwege nicht Anwendung» (Art. 1).

Diese über ein Jahrhundert hinweg reichende Bestimmungen geben mit genügender Klarheit die bernische Auffassung über das Verhältnis von Hoheits- und Eigentumsbeziehungen wieder. Das Hoheitsrecht über eine öffentliche Sache hat demnach mit der Eigentumsfrage begrifflich nichts zu tun, es ist weder Eigentum, noch setzt es Eigentum des Hoheitsträgers voraus. Imperium und dominium sind voneinander unabhängig. Zwischen Hoheitsträger und Sache kann eine Eigentumsbeziehung bestehen, oder nicht. Im letzteren Falle ist die Eigentums- und Hoheitsbeziehung voneinander getrennt[11].

[11] Unrichtig Entsch. Reg. Rat. vom 16. XII. 1919. *(Straßenwesen* Bd. 18 S. 105), gemäß welchem ein öffentl. Weg außer dem Gemeingebrauch auch Eigentum des Staates oder der Gemeinde an Grund und Boden voraussetzt. Sind etwa die Bernerlauben nicht Privat-

Ist der Kanton zugleich Eigentümer der öffentlichen Sache, so stellt sich diese Eigentumsbeziehung als eine *privatrechtliche* dar, was sich aus der Nebeneinanderstellung von Eigentum des Staates, der Gemeinde und des Privaten in den zitierten Vorschriften ergibt.

Demnach ist die *bernische Straßenhoheit eine öffentlich-rechtliche Beziehung des Kantons zu gewaltunterworfenen Sachen, die der Herrschaft des Privatrechts nicht entzogen sind.* Diese privatrechtliche Herrschaft könnte sogar als eine notwendige bezeichnet werden, indem das kantonal bernische Recht öffentliche Sachen als res nullius gar nicht kennt[12].

Welcher *Kreis von Sachen* untersteht nun der Straßenhoheit im allgemeinen und der bernischen Straßenhoheit im besonderen?

Das kantonal bernische Straßengesetz von 1834 enthält keine Definition des sachlichen Substrates der Straßenhoheit. Es begnügt sich damit anzuordnen: «Die öffentlichen Straßen und Wege und die zu dem Gebrauche derselben notwendigen Brücken und Tollen (Wasserabzüge) sind öffentliche Sachen, an denen ohne Bewilligung des Regierungsrates keine Veränderung vorgenommen werden darf» (Art. 2). Die bereits zitierte Definition der öffentlichen Straßen im Art. 1 der stadtbernischen Polizeiverordnung vom 8. Februar 1911 kann für unsere Frage nicht maßgebend sein, da es sich um eine Gemeinderatsverordnung handelt, die überdies die Begriffsbestimmung nur für öffentliche Straßen «im Sinne der nachstehenden Bestimmungen» aufstellt, d. h. nur für diese einzelne Gemeinderatsverordnung selbst.

Die Begriffsbestimmung des öffentlichen Weges ist somit der Wissenschaft überlassen worden. Die Literatur über diese

eigentum? Im übrigen hat der Reg. Rat. gelegentlich d. Genehmigung der stadtbern. Polizeiverord. v. 8. Febr. 1911 dem Art. 1 dieser Vdg, der auch die Privaten angehörenden Straßen, Wege, Trottoirs und Lauben, welche d. öffentl. Verkehr geöffnet sind», der Vdg unterstellt, folgenden Zusatz beigefügt: «Die Rechte der Privaten aus ihrem Eigentum bleiben vorbehalten.»

[12] Wie z. B. *Schwyz* EG § 200.

Frage ist eine umfangreiche[13]. Von den vielen Definitionsversuchen sind die meisten mehr Umschreibungen des Begriffes als rechtliche Entwicklung und Feststellung desselben unter Angabe seiner kennzeichnenden Merkmale. In Bezug auf die Hervorhebung der bezeichnenden Merkmale scheint uns die Definition von Germershausen als Ausgangspunkt recht brauchbar zu sein. Sie lautet[14]:

«Oeffentliche Wege sind solche Wege, die nach der ihnen ausdrücklich oder stillschweigend von allen rechtlich Beteiligten, d. i. dem Eigentümer, der Wegepolizeibehörde und dem Wegebaupflichtigen gegebenen Bestimmung dem allgemeinen Verkehr dienen.»

Darnach wären die Merkmale des öffentlichen Weges[15]:

1. *Widmung für den allgemeinen Verkehr.* Eine solche liegt vor, wenn der Weg für jedermann ohne besondere Erlaubnis der Behörde zur Fortbewegung frei benutzbar ist. Die Oeffentlichkeit wird dadurch nicht aufgehoben, daß Wege nach ihrer besondern Eigenschaft nur als Reit-, Fahr- oder Fußwege benutzt werden dürfen. Es genügt, wenn der Gebrauch des Weges nach Maßgabe seiner Bestimmung jedermann gestattet ist. Es ist sogar mit der Oeffentlichkeit nicht unvereinbar, daß ein Weg über Nacht geschlossen werden darf (z. B. öffentliche Parkanlagen, Teile der Bundesterrasse in Bern[16].

2. *Mitwirkung der Behörde zur Entstehung.* Die öffentlichen Wege sind polizeiliche Anstalten. Kein Privatmann hat das Recht öffentliche Wege anzulegen. Wohl kann die Anlage von neuen Straßen (vierter Klasse) auch von Grundeigentümern beschlossen werden (Art. 5 StrG von 1834), allein die Polizeibehörde kann ohne Zweifel die Genehmigung ver-

---

[13] Hier seien nur genannt: *Schulz,* Zum preuss. Wegrecht, Paderborn 1893; *v. Eschtruth,* Der öffentl. Weg, Berlin 1902; *Friedenthal,* Preuss. Wegerecht; *Reitzenstein,* Das deutsche Wegerecht, Freib. 1890; *Germershausen,* Wegerecht u. Wegeverwalt. i. Preußen, Berlin 1907; *Lassar,* Grundbegr. d. preuss. Wegerechtes, Diss. Berlin 1919.

[14] *Germershausen* a. a. O. S. 4 (I. Bd.).

[15] «Weg» ist der weitere Begriff, der auch Straßen, Gassen, Stege usw. umfaßt.

[16] Entsch. d. Reg. Rates v. 28. Juni 1909 M 1909 S. 394.

sagen[17]. Sind doch selbst die Alignementspläne der *Gemeinden* vom Regierungsrat zu genehmigen (§ 7 Alignementsgesetz von 1894).

Nach Germershausen gehört auch noch die Mitwirkung des Eigentümers zur Widmung. Aber die Mitwirkung des Eigentümers ist, wie später (Kap. III. 1. Abschn. lit. 1, 2) noch auszuführen sein wird, nur Voraussetzung der behördlichen Widmung, nicht mitkonstituierender Akt. Andererseits ist bei der Enteignung (Verfass. Art. 89, Expropr.-Ges. 1868), da sie der Widmung zum Gemeingebrauch vorausgeht, die Mitwirkung des Enteigneten zur Widmung nicht mehr notwendig. Eigentümer ist im Augenblick der Widmung meist der Hoheitsträger selbst.

Zu einer rechtsgültigen Widmung für den öffentlichen Verkehr gehört nach Germershausen auch, daß eine Bestimmung darüber getroffen wird, wem künftig die Unterhaltung des Weges obliegen soll (Art. 14 ff., insb. 17 und 18 StrG 1834). Allein auch diese Bestimmung ist *Folge* der Widmung, nicht Begriffsmerkmal derselben.

Nur mit diesen Korrekturen deckt sich die Definition von Germershausen mit dem Begriff des öffentlichen Weges, wie er auch nach bernischem Recht zu konstruieren ist. Es scheint uns aber nicht notwendig, noch eine negative Bestimmung hinzuzufügen in dem Sinne, wie sie Art. 2 des StrG von 1834 formuliert, indem er die öffentlichen Straßen und Wege als öffentliche Sachen kennzeichnet, «an denen ohne Bewilligung des Regierungsrates keine Veränderung vorgenommen werden darf.»

Räumlich erstreckt sich die bernische Straßenhoheit über die öffentlichen Wege hinaus auch auf die zu deren Gebrauche notwendigen Brücken und Wasserabzüge (Art. 2 StrG 1834). Zum Straßenkörper gehören ferner auch die Böschungen, Mauern und Zäune (Art. 11 Straßenpolizeigesetz 1906). Auch die Privaten angehörenden Lauben, welche dem öffentlichen

[17] Vgl. *Schollenberger*, Grundr. d. Staats- u. Verw. R. II 227; ausdrücklich Basel-Stadt und die franz. Kantone: Freiburg, Neuenburg, Waadt; vgl. Entsch. d. Reg. Rates v. 10. Jan. 1903 M 1903 S. 68.

Verkehr geöffnet sind, bilden eine Zubehör der öffentlichen Straßen (stadtbern. Polizeiverord. vom 8. Febr. 1911 Art. 1). Schließlich äußern sich Reflexwirkungen der Straßenhoheit auch am anstoßenden Terrain, indem die privaten Anstößer auf ihrem Grund und Boden keine den Straßenkörper schädigende oder gefährdende Veränderungen vornehmen dürfen (Art. 11 II Straßenpolizeiges. 1906).

Zusammenfassend ließe sich die *Straßenhoheit des Kantons Bern* definieren als *der Inbegriff der gesetzgeberischen und administrativen Machtbefugnisse des bernischen Staates über die durch öffentlich-rechtlichen Akt dem allgemeinen Verkehr gewidmeten Wege und ihr Zubehör, welche die Herrschaft des Privatrechtes nicht ausschließen.*

ZWEITES KAPITEL.

Beschränkung der kantonalen Strassenhoheit durch die Bundesgesetzgebung.

Die Kantone sind auf dem Gebiete des Straßenwesens souverän. Ihrem Hoheitsrechte sind aber durch die Bundesverfassung und die Bundesgesetzgebung gewisse Schranken gezogen. Die Schranken sind teils öffentlichrechtlicher teils privatrechtlicher Natur. Letztere resultieren insbesondere aus der Anwendbarkeit des Grundeigentumsrechts des ZGB auf die öffentlichen Sachen.

I. Oeffentlichrechtliche Beschränkungen.

1. Freiheitsrechte der Schweizerbürger.

Die Bundesverfassung garantiert eine Anzahl sogenannter Freiheitsrechte oder Individualrechte, die man allgemein als subjektive öffentliche Rechte betrachtet[1].

In diese Freiheitsrechte darf naturgemäß auch die kantonale Straßenhoheit nicht eingreifen, sei es in ihrer Aeußerung als rechtssetzende, sei es als rechtsanwendende oder administrative Gewalt.

Von den Freiheitsrechten der BV sind es insbesondere zwei, mit denen auf unserem Gebiete Kollisionen möglich sind: die *Rechtsgleichheit* (BV 4) und die *Handels- und Gewerbefreiheit* (BV 31).

Die Regel des Art. 4 BV: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich» kann auch auf dem Gebiete des Wegrechtes verletzt werden durch *formelle* oder *materielle Rechtsungleichheit.* Formelle Rechtsungleichheit begeht die kantonale Behörde, wenn sie die gleiche positivrechtliche Norm unter gleichen tatsächlichen Voraussetzungen verschieden auslegt

[1] *Burckhardt,* Komm. 21; *Schollenberger,* Bundesstaatsr. 204 f.; *Jellinek,* System 41 ff.

und anwendet. Materielle Ungleichheit liegt vor, wenn der kantonale Gesetzgeber gleichartige Fälle in der rechtlichen Behandlung einer ungerechtfertigten Unterscheidung unterwirft oder ungleichartige Fälle gleich behandelt[2]. Das Bundesgericht erklärt das Prinzip des Art. 4 BV als grundlegende Norm für die gesetzgebende, richterliche und administrative Tätigkeit der Staatsbehörden, die sowohl gleiche Anwendung der Gesetze auf alle Bürger fordert, als auch gleiche Behandlung derselben durch den Gesetzgeber (BG 6, 178).

Der Art. 31 BV garantiert die Handels- und Gewerbefreiheit im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft, ohne die Garantie auf Schweizerbürger allein zu beschränken. Lit. e dieses Artikels hebt noch besonders hervor, daß Verfügungen über die Benutzung von Straßen vorbehalten bleiben, daß diese jedoch den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen dürfen.

Beide Verfassungsnormen stehen insofern in einer gewissen Verbindung, als eine Verletzung der Rechtsgleichheit zugleich eine Verletzung der Gewerbefreiheit in sich schließt, wenn sie einen Gewerbetreibenden in der Ausübung seines Berufes betrifft.

Aus der bernischen Praxis wären in dieser Richtung besonders zwei Entscheide hervorzuheben. Der eine betrifft kantonale Rechtssetzung, der andere Rechtsanwendung.

Eine Reihe bernischer Landmetzger erhob wegen der Marktverordnung für die Stadt Bern vom 27. Juni 1900 und den Abonnementstarif für Marktplätze gegen den Regierungsrat des Kantons Bern mit Eingabe vom 10./12. November 1900 Beschwerde an den Bundesrat mit dem Begehren um Aufhebung dieser Verordnungen, weil sie Art. 4 und 31 BV verletzen. Unter anderem machten sie geltend, daß die Bestimmung, wonach «bei gleichen Angeboten die Hingabe (von Marktplätzen) an in Bern ansäßige Metzger» zu erfolgen habe, eine Verletzung der Rechtsgleichheit durch Schlechterstellung der Landmetzger bedeute. Der Bundesrat erklärte die Beschwerde für begründet und hob wegen Verletzung

[2] *Burckhardt,* Komm. 59, 63 ff

von Art. 4 in Verbindung mit Art. 31 BV die angefochtene Bestimmung auf (BBl. 1901 I 68 f).

Hingegen hat der Bundesrat den Rekurs Isemann vom 17. Oktober 1894 gegen eine Schlußnahme des Regierungsrates des Kantons Bern abgewiesen, mit welcher dem Rekurrenten die Bewilligung zur Aufstellung und zum Betrieb einer fahrbaren Holzsäge- und Holzspaltmaschine mit Petrolmotor in den Straßen der Stadt Bern verweigert wurde. Dies trotzdem Holzsäger und -Spalter sonst in den Straßen ihr Gewerbe ausüben dürfen[3]. Der Bundesrat ging dabei von der Erwägung aus, daß der öffentliche Grund und Boden zu etwas anderem bestimmt sei, als zur Holzscheiterei, und dessen Benutzung zu anderen als dem Verkehr dienenden privatgewerblichen Zwecken nicht gestattet zu werden brauche. Auch sei ihm nicht ein Recht versagt worden, das unter den gleichen tatsächlichen Voraussetzungen andern zuerkannt worden ist (BRB vom 30. April 1895 BBl 1895 II 918).

Mit Recht kritisiert *Burkhardt*[4] diesen Entscheid des Bundesrates als zu formalistisch und erklärt das Verbot, in den Straßen eine fahrbare Holzspaltmaschine aufzustellen, für unvereinbar mit der Bundesverfassung. Der Bundesrat selbst schien Zweifel zu haben, ob die Schlußnahmen der bernischen Behörden bundesrechtlich unanfechtbar seien, zumal aus den Akten keineswegs ersichtlich war, daß der Rekurrent mit seiner Maschine das Holzzerkleinerungsgeschäft in einer das Publikum und den Verkehr mehr belästigenden Weise betreiben würde, als es die Holzsäger und Holzspalter sonst tun.

2. Administrativkompetenzen des Bundes.

A. Der Bund übt gemäß Art. 37 BV «die Oberaufsicht über die Straßen und Brücken aus, an deren Erhaltung die Eidgenossenschaft ein Interesse hat». Das Oberaufsichtsrecht des Bundes stellt sich juristisch dar als eine *Administrativkompetenz* desselben, nämlich als eine verwaltungs-

[3] Ausdrücklich vorgesehen seit 1911 in der stadtbern. Polizeiverord. vom 8. Februar 1911 Art. 21.

[4] *Burckhardt,* Komm. 269.

[5] *Fleiner,* Bundesstaatsr. 581; *Burckhardt,* Komm. 333 ff.

rechtliche Kontrolle über die kantonale Straßenverwaltung[5] Zweck dieses Eingriffes in die Administrativhoheit der Kantone ist die Ueberwachung des Zustandes derjenigen Straßen, die in den eidgenössischen Interessenkreis fallen.

Durch die Beschränkung des Aufsichtsrechtes auf den Interessenkreis des Bundes ist einerseits das Objekt der Kontrollrechte begrenzt, andererseits eine elastische Bestimmung geschaffen, die der Bund weitgehend zur Ausdehnung seiner Kompetenzen gebrauchen kann. Die Interessen des Bundes an den Strassen können nämlich mannigfaltig sein: militärische, postalische, zolltechnische usw.

Durch diese Bestimmung und die eidgenössische Praxis[6] sind in den Interessenkreis des Bundes einbezogen:

a) die Straßen, für welche er eine jährliche Entschädigung ausrichtet (Art. 30 BV);

b) die Straßen, deren Bau er finanziell unterstützt hat Art. 23 BV);

c) die internationalen Alpenstraßen;

d) die für die eidgenössische Post und für die Landesverteidigung erforderlichen Straßen.

Straßen, für welche der Bund jährlich eine Entschädigung ausrichtet, gibt es im Kanton Bern nicht. Hingegen ist eine Reihe von Straßen in diesem Kanton vom Bund subventioniert worden[7]:

Die *Brünigstraße* (1004 *m* üb. d. Meer), die von Brienzwiler im Haslital über den Brünig und hinunter nach Stansstad führt. Sie ist die Verbindung von zwei Haupttouristenpunkten der Schweiz, nämlich Interlaken und Luzern. Der Bund hat sich am Bau dieser Straße seinerzeit mit Fr. 400 000 beteiligt, welche Subvention aber an Obwalden ausbezahlt worden ist, da die Straße nur zu einem kleinen Teile auf Bernbiet liegt.

Die *Bulle-Boltigenstraße* (1511 *m* üb. Meer) führt von Bulle über Broc, Charmey, Jaun (Jaunpaß) nach Boltigen.

---

[6] BBl 1872 I 199; 1876 II 377; 1877 II 120; 1881 II 141.

[7] Vgl. *Bavier,* Die Straßen der Schweiz; *Bähler,* Straßenbauwesen in Reichsberg Hdwb III/1 780 ff. und obzit. BBl.

Diese Straße hat einen großen militärischen Wert und wurde zu 33⅓% durch den Bund subventioniert. Ihr größter Teil liegt allerdings auf freiburgischem Gebiet.

Die *Merligen-Neuhausstraße* am Thunersee (562 *m* üb. Meer) ist eine Strecke, welche zu einer durchgehenden Straßenverbindung am rechten Seeufer von Thun nach Interlaken noch fehlte. Sie hat verkehrspolitische und militärische Wichtigkeit und wurde vom Bund mit 33⅓% subventioniert. Sie liegt ganz auf bernischem Gebiet.

Die *Grimselstraße* (1204 *m* üb. Meer) verbindet das obere Wallis, resp. Gletsch an der Furkastraße mit dem Oberhasli, d. h. Innertkirchen im Kanton Bern. Neben ihrem immer mehr gewürdigten touristischen Wert hat sie auch militärische Bedeutung und das große Interesse des Bundes an derselben drückt sich darin aus, daß er ihren Bau mit 66⅔% subventioniert hat. Die Straße liegt größtenteils auf bernischem Gebiet.

Die *Schallenbergstraße* (1064 *m* üb. M.) bildet eine Verbindung zwischen dem Berner Oberland und dem Entlebuch als Bindeglied zweier in gleicher Richtung verlaufenden Straßen, von Thun über Schwarzenegg nach der Südern und über Marbach bis Schangnau. Wegen ihrer militärischen Bedeutung als kürzeste Verbindung zwischen Thun und Luzern wurde sie vom Bund mit 40 % subventioniert[8].

Auf diese Straßen, insofern sie auf bernischem Gebiet liegen, erstreckt sich jedenfalls die administrative Kontrollkompetenz des Bundes, welche die bernische Straßenhoheit beschränkt. Der eidgenössische Verwaltungszwang besteht darin, daß bei nicht ordnungs- und bestimmungsgemäßem Unterhalt der oben erwähnten Straßen und dazu gehörigen Brücken

[8] Straßen, die nicht die Schweiz mit dem Auslande, oder verschiedene Kantonen unter sich verbinden, werden grundsätzlich vom Bund nicht subventioniert (Geschäftsber. d. Bundesr. 1921 S. 167). Im übrigen könnte der Bund gemäß Art. 23 BV ebensogut selbst öffentliche Landstraßen bauen, die z. B. im militärischen Interesse der Eidgenossenschaft liegen (v. Salis IV No. 1418—22). So hat der Bund beispielsweise die Straße Vila-Indemini (Tessin) gebaut (Bundesbeschl. v. 14. Juni 1917 A. S. 33, 385).

der Bund einschreiten kann. Es käme besonders die Ersatzvornahme auf Kosten des bernischen Fiskus in Betracht[9].

Um so weniger stünde dem Kanton die Kompetenz zu, ohne Zustimmung des Bundes wesentliche Veränderungen an diesen Straßen vorzunehmen, die den Zweck der Subventionierung beeinträchtigen könnten, oder gar solche Straßen aufzuheben (v. Salis IV N 1433).

Ausgeübt wird die Kontrolle durch das Oberbauinspektorat des eidg. Departements des Innern (Bundesbeschluß vom 23. Dezember 1870). Je nach dem speziellen Interesse, das der Bund an dem guten Zustand einer öffentlichen Straße wahrzunehmen hat, fällt aber die Kontrolle auch in die Kompetenz des Post- und Eisenbahn- oder des Militärdepartements.

B. Zu Eingriffen in die kantonale Straßenhoheit kann auch die in Art. 23 BV vorgesehene und im eidg. Expropriationsgesetz von 1850 geregelte *eidg. Expropriation* geschehen. Die Expropriation ist ein einseitiger Hoheitsakt des Staates mit dem Ziel, dem Exproprianten die volle privatrechtliche Herrschaft über die an einem Grundstück bestehenden Rechte zu verschaffen, derer er für die Errichtung und den Betrieb seines Werkes bedarf[10]. Solange eine Sache dem Gemeingebrauch unterworfen ist, unterliegt sie der Expropriation nicht. Sobald aber die zuständige eidgenössische Instanz findet, daß z. B. eine öffentliche Straße für die Errichtung eines öffentlichen Werkes nötig sei, hat die kompetente kantonale Behörde den Gemeingebrauch aufzuheben oder ihn dem Zwecke des öffentlichen Werkes entsprechend zu beschränken[11].

Durch Spezialgesetze wird übrigens das eidgenössische Expropriationsrecht für bestimmte Kategorien öffentlicher Werke besonders geregelt.

So führt insbesondere zu Eingriffen in die kantonale Straßenhoheit die *Eisenbahnhoheit* des Bundes. Durch die Erteilung der Eisenbahnkonzession und Genehmigung der Bau-

---

[9] *Fleiner,* Bundesstaatsr. 582; es kommt insbesondere auch das Offenhalten im Winter und die Eröffnung für den Fahrverkehr im Frühjahr für die eidg. Post in Betracht (v. Salis IV No. 1434).

[10] *Haab,* Objekt der Expropriation S. 50 f.

[11] *Fleiner,* Bundesstaatsr. 587 (Institut. 5 S. 292, 334).

pläne entscheidet der Bundesrat zugleich über eventuelle Interessen des Straßenverkehrs. Stört oder unterbricht die Anlage einer neuen Eisenbahn den Verkehr auf einer öffentlichen Straße, so kann die Eisenbahn trotzdem gebaut werden, die Störung ist lediglich nach Möglichkeit durch Ausführung entsprechender Bauarbeiten zu verringern Art. 6 BG betr. Verbindl. z. Abtret. von Privatrechten vom 1. Mai 1850, Art. 14 Eisenbahnges. 1872). Darin liegt eine unbedingte Bevorzugung der Eisenbahn gegenüber der öffentlichen Straße und ein starker Eingriff in die kantonale Straßenhoheit[12].

Handelt es sich um Erteilung von Zufahrtsstraßen zu einem neuen Bahnhof, so ist die Bahn nach Art. 14 Eisenbahngesetz und bundesrechtlicher Praxis zur Erstellung einer Zufahrtsstraße verpflichtet. Die kantonalen Straßengesetze finden dabei keine Anwendung[13]. Hingegen unterstehen die *Verbindungsgeleise* zwischen Eisenbahnen und gewerblichen Anstalten («Industriegeleise») dem kantonalen Recht. Dieses bestimmt, ob für ein Verbindungsgeleise das (kantonale) Expropriationsrecht verlangt werden kann (Art. 3 BG über die Rechtsverh. der Verbindungsgeleise vom 19. Dezember 1874).

Zum Bau einer *Straßenbahn* bedarf es der Konzession des Bundes. Allein das Verhältnis der Eisenbahnhoheit des Bundes zur kantonalen Straßenhoheit führt dazu, daß der Unternehmer, der eine Eisenbahn auf einer öffentlichen Straße bauen will, außer der Konzession des Bundes noch einer Gebrauchserlaubnis zur Benutzung des Straßengrundes bedarf, die ihm nur der Kanton, bezw. die Gemeinde erteilen kann (§ 2 VV zum StrPG v. 5/6 1907). Er bedarf also einer doppelten Bewilligung.

Die kantonale Behörde entscheidet über die Gebrauchserlaubnis *selbständig*. Sie kann unabhängig von der Konzession des Bundes die Bewilligung zur Benutzung des Straßengrundes verweigern oder an beliebige erschwerende Bedingungen knüpfen. Als Bedingung kann z. B. das Rückkaufs-

[12] *Burckhardt* 219 (zu Art. 26 BV).
[13] BBl 1901 IV 1202; 1902 III 874.

recht des Kantons oder der Gemeinde gestellt werden[14]. In der Verweigerung liegt keine Beeinträchtigung der Eisenbahnhoheit des Bundes. Es macht in dieser Richtung keinen Unterschied, ob ein privater Unternehmer oder der Bund selber die Straßenbahn bauen will.

Dem Bunde steht auch nach richtiger Ansicht kein Entscheidungsrecht zu über Streitigkeiten zwischen dem Konzessionsvertreter und den kantonalen Behörden[15]. Daß der Bund bei Verweigerung der Gebrauchserlaubnis zur Benutzung der Straße nicht die eidg. Expropriation zur Anwendung bringen kann, wurde bereits oben (I. 2. B.) erwähnt.

Administrativkompetenzen des Bundes im Straßenwesen ergeben sich hingegen aus seiner *Zollhoheit.* Im Wege der Zollgesetzgebung ist der Bund befugt, zur Sicherung des Grenz- und Marktverkehrs geeignete Bestimmungen zu treffen (Art. 29 Ziff. 3 BV). Er kann den Verkehr über die schweizerische Zollgrenze an bestimmte Straßen binden und die Benutzung anderer Straßen untersagen. Er kann die Art und die Zeit der Benutzung der Zollstraßen näher normieren, insbesondere auch Zollstraßen zu gewissen Zeiten schließen.

Von diesen Befugnissen hat der Bund denn auch im Zollgesetz und der Vollziehungsverordnung Gebrauch gemacht. Art. 4 des Zollgesetzes vom 1. Oktober 1925 bestimmt, daß der Verkehr über die schweiz. Zollgrenze zu Land, zu Wasser und in der Luft an *bestimmte Straßen,* Landungsplätze und Abfertigungsstellen gebunden ist, die die Oberzolldirektion bezeichnet. Die Einhaltung der Zollstraßen ist im Grenzverkehr (Art. 115 VV vom 10/7 1926), im Reisendenverkehr (Art. 111 VV) und bei der Wareneinfuhr (Art. 30 Zollgesetz) gefordert. Die Nichteinhaltung bedeutet eine Zollübertretung (Art. 74 Ziff. 1, 76 Ziff. 2 Zollgesetz). Die Benutzung anderer Straßen kann ausnahmsweise durch besondere Bewilligung der zuständigen Zollbehörden gestattet werden (Art. 5 VV).

[14] *Huber,* Konzessionserteil. f. Straßenbahnen, Diss. Zürich, 1889 S. 74; *Streuli,* Ausscheid. d. Kompet. zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete des Eisenbahnwesens, Leipzig 1907 S, 47 ff.

[15] *Burckhardt,* Komm. z. Bundesverf. 219.

Art. 6 VV stellt Bestimmungen über die Beleuchtung der Fuhrwerke auf den Zollstraßen zur Nachtzeit auf und Art. 7 VV sieht die zeitweilige Schließung von Zollstraßen durch die zuständigen Zollbehörden vor.

Durch diese Bestimmungen und ihre Handhabung greift der Bund kraft seiner Zollhoheit in die kantonale Straßenpolizei ein, indem er einzelne Befugnisse derselben selbstherrlich und aus eigenem Recht ausübt. Die Grenze seiner Kompetenzen bildet der Zweck, zu welchem sie dem Bunde verliehen sind. Soweit nicht Zollpolizei in Frage kommt, wäre jede straßenpolizeiliche Verfügung seitens der Bundesorgane ein unbefugter Eingriff in die kantonale Straßenhoheit.

3. Gesetzgebende Kompetenzen und selbstherrliche Benutzungsrechte des Bundes.

Schon die Eisenbahnhoheit des Bundes (Art. 26 BV) schließt gesetzgebende Kompetenzen ein, die bereits, wie wir gesehen haben, in das Gebiet des Straßenwesens übergreifen (Art. 14 Eisenbahnges. 1872) und in Zukunft event. noch mehr übergreifen können.

Auch auf dem Gebiet des *Postwesens* kann der Bund als Gesetzgeber unzweifelhaft Vorschriften aufstellen, die die kantonale Straßenhoheit durchbrechen. Das Postregal ist historisch aus dem Wegregal und aus dem Geleitrecht hervorgegangen und ist in der modernen Gesetzgebung in ein staatliches Hoheitsrecht umgewandelt worden, das in sich ein Stück staatlicher Herrschaft über den Verkehr verkörpert.

Die Beförderung der Post und der Postverkehr darf durch keinerlei polizeiliche Maßnahmen der Kantone gesperrt oder erschwert werden. Wenn die Landstraße wegen Ueberschwemmung, Erdrutsche u. dgl. nicht gangbar ist, darf der Postwagen ohne weiteres über die benachbarten Privatgrundstücke fahren[16]. Der Bund hat denn auch anläßlich des Graubündner Autoverkehrverbotes vom 5. März 1901 für seine Postautos sich an dieses Verbot nicht gehalten.

[16] *Fleiner,* Bundesstaatsr. 502.

Gestützt auf den Art. 36 BV (Postregal) hat der Bund im Postverkehrgesetz vom 2. Oktober 1924 (Art. 3 Abs. 2) die Bestimmung aufgenommen: «Der Bundesrat kann für den Verkehr auf Bergstraßen *allgemein verbindliche* Fahrordnungsvorschriften erlassen, die für die Sicherheit der Fahrten der Post und der konzessionierten Unternehmungen notwendig sind.»

In der Militärhoheit des Bundes liegt die Befugnis, in das kantonale Straßenwesen einzugreifen, von welcher der Bund zum Teil bereits im Militärtransportgesetz (Art. 247) Gebrauch gemacht hat und weiterhin Gebrauch machen kann.

Der Bund ist ferner berechtigt, für die Erstellung von *Telegraphen- und Telephonlinien* öffentliche Wege in Anspruch zu nehmen (BG betr. die elektr. Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902, Art. 5). Ebenso bestimmt Art. 48 BG betreffend elektrische Anlagen, daß das Durchleitungsrecht durch öffentlichen Grund hindurch geltend gemacht werden kann.

Schließlich hat der Bund durch Aufnahme des Verfassungsartikels 37bis[17] betreffend die Einräumung gesetzgebender Kompetenzen auf dem Gebiete des Automobil- und Fahrradverkehrs nicht nur das Recht sich einräumen lassen, gegen kantonale Auto- und Fahrradverkehrsverbote bestimmte für den Durchgangsverkehr notwendige Straßen offen zu erklären, sondern sich ganz allgemein die Benutzung der Straßen «im Dienste des Bundes» vorbehalten.

Damit ist der Bund in der Benutzung der Straßen rechtlich von sämtlichen kantonalen Beschränkungen eximiert worden.

Die Erhebung von *Weg- und Brückengeldern* durch die Kantone (wie durch den Bund) oder anderer Abgaben für die Benutzung von Wegen ist bereits durch das BG über das Zollwesen vom 27. August 1851 (Art. 58) abgeschafft worden[18].

In jüngster Zeit wurde die Tragweite dieser Bestimmung zum Gegenstande lebhafter Kontroversen angesichts des Um-

[17] BBl 1921 III 660 (Volksabst. 22. Mai 1921).
[18] Anwendungsfälle v. Salis IV No. 1438, 1439.

standes, daß die Bergkantone mit der Erhebung von Automobilabgaben für die Benutzung gewisser Straßen eingesetzt haben, die einen besonders kostspieligen Unterhalt erfordern.

Die genannte Bestimmung des Zollgesetzes geht auf die 1848er Verfassung zurück. Auf Grund des Art. 24 der BV 1848 hat der Bund durch Verträge mit den Kantonen die Weg- und Brückengelder, internen Zölle usw. gegen Entschädigung abgelöst (BBl 1850 I 277. A. S. III 341; IV 363; VI 425). Das obgenannte Bundesgesetz über das Zollwesen hat sodann im Art. 58 die grundsätzliche Abgabenfreiheit auf allen öffentlichen Straßen verkündet (Ullmer II 756 f).

Die geltende BV weist keine besondere Bestimmung auf, die den Vorschriften in Art. 24 und 31 der 48er Verfassung betr. die Aufhebung der kantonalen Weg- und Brückengelder entsprochen hätte. Die Bestimmung des Art. 30 II BV, welche infolge des neuen Finanzausgleiches die weitere Zahlung von Entschädigungssummen für die «losgekauften Zölle, Weg- und Brückengelder, Kaufhaus- und anderen Gebühren dieser Art» eingestellt, wird aber von den Staatsrechtslehrern und vom Bundesrat so aufgefaßt, daß damit das unbeschränkte Prinzip der Straßenfreiheit gewährleistet ist, so daß ohne Bewilligung des Bundesrates mit nachfolgender Genehmigung der Bundesversammlung solche Gebühren nicht mehr eingeführt oder bezogen werden können[19].

Unbekümmert um diese Stellungnahme haben einige Bergkantone in den letzten Jahren Automobilgebühren, und zwar teils Einreise- teils Durchgangsgebühren, eingeführt, die seit längerer Zeit unbeanstandet geblieben sind, bis sie in der Benzinzolldebatte der Wintersession der Bundesversammlung 1927 zum Gegenstand widerspruchsvoller Erörterungen gemacht worden sind. Besonders der Bundesrat ist gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Gebühren aufgetreten[20].

---

[19] *Burckhardt,* Komm. 332 f.; *Fleiner,* Bundesstaatsr. 580 No. 2; *Schollenberger,* Grundriß III, 5; *Lampert,* Bundesstaatsr. 156; *v. Salis* IV Nrn. 1438, 1439.

[20] Bundesrat *Häberlin* in der Benzinzolldebatte vom 21. Dez. 1927 (Sten. Bullet. Ständerat, Wintersess. 1927 S. 309 f).

Hingegen ist Prof. Blumenstein in seinem Gutachten vom 9. Dezember 1927 und seiner Stellungnahme vom 16. Januar 1928 zu den Ausführungen des Bundesrates in der genannten Sitzung für die Verfassungsmäßigkeit der Automobil-Durchgangsgebühren eingetreten. Vor allem stützt sich Prof. Blumenstein darauf, daß die Straßenhoheit der Kantone, die sich naturgemäß auch auf die Erhebung von Abgaben erstreckt, nur durch eine ausdrückliche Bestimmung der Bundesverfassung beschränkt werden kann. Eine solche ausdrückliche Bestimmung stelle aber Art. 30 II BV nicht dar und es gehe nicht an, die Kantonssouveränität durch eine juristische Konstruktion zu beschränken.

Darauf legt aber das Gutachten Blumenstein nicht das Hauptgewicht, so daß auch eine gegenteilige Beurteilung der Streitfrage im Prinzip seine Ausführungen nicht tangieren würde. Diese gipfeln vielmehr darin, daß die Automobildurchgangsgebühren, wie sie die Bergkantone erheben, mit den genannten Weg- und Brückengeldern keinesfalls identisch seien. Jene waren ein Regal, somit ein rein fiskalischer Vorteil, während es sich hier um eine *Vorzugslast* im Sinne des modernen Verwaltungsrechts handle.

Das Charakteristische der Vorzugslast liegt, wie das Gutachten ausführt, in einem Entgelt für eine Benutzung der Straße, die über den herkömmlichen Gemeingebrauch hinausgeht. Eine solche außerordentliche Benutzung liege beim Befahren mit Automobilen vor. Nicht auf die Art der Straßenbenutzung komme es an, sondern auf die *Intensität* der Benutzung[21]. Die Vorzugslast sei aber keine Steuer, weise im Gegensatz zu einer solchen Aequivalenzcharakter auf. Sie sei daher mit Weg- und Brückengeldern nicht zu indentifizieren und könne von den Kantonen erhoben werden, selbst wenn man

[21] Bundesrat Häberlin hat nämlich gegen die im Gutachten als Beispiel außerordentlicher Benutzung angeführten Fälle, wie Geleislegen einer Straßenbahn und Anlegen von Leitungen in der genannten Ständeratsdebatte angeführt, in diesen Beispielen handle es sich nicht um Benutzung des Straßenkörpers zu Kommunikationszwecken (Sten. Bullet. obzit. S. 310).

Art. 30 II BV im Sinne eines verfassungsrechtlichen Verbotes von Weg- und Brückengeldern auffassen sollte.

In der Tat kennt das moderne Verwaltungsrecht die Vorzugslast in dem vom Gutachten verwendeten Sinne. *Fleiner*[22] sagt darüber: «Die zweite Art öffentlicher Lasten bildet die Vorzugslast. Die Erfahrung lehrt, daß bestimmte öffentliche Anstalten und Unternehmungen einem engeren Kreis von Bürgern über das gemeine Maß finanzielle[23] Vorteile verschaffen. In solchen Fällen kann das Gesetz die Bevorzugten zu Leistungen an diese Unternehmungen verpflichten.» Die Form dieser Leistungen kann eine öffentliche Abgabe sein: «der Beitrag.» «Das Gesetz auferlegt ihn Personen, die an der Errichtung oder dem Bestand einer öffentlichen Anstalt (Straße, Feuerversicherungsanstalt) besonders beteiligt sind. Wirtschaftlich dient er dazu, die Kosten der betreffenden Anstalt ganz oder teilweise zu decken.»

Hervorgehoben sei noch, daß Fleiner im gleichen Zusammenhang ausdrücklich erklärt: «Als bevorzugt gelten entweder bloß die unmittelbaren Straßenanlieger, oder diejenigen, welche die Straße vorzugsweise abnutzen.» In diesem Sinne enthält gerade die kantonal-*bernische* Vollziehungsverordnung zum Straßenpolizeigesetz vom 5. Juni 1906 eine Bestimmung, die folgendermaßen lautet: «Wo eine außergewöhnliche Inanspruchnahme der Straßen und Wege für besondere Zwecke und Unternehmungen notwendig wird, kann der Regierungsrat dafür nach Gutdünken spezielle Vorschriften aufstellen und eine angemessene *Entschädigung für erschwerten Unterhalt* festsetzen» (§ 2)[24].

Diese Bestimmung besagt mit unzweideutiger Klarheit, daß es sich nicht um eine Steuer oder um eine Gebühr für den Gemeingebrauch handelt, sondern um eine angemessene Entschädigung für erschwerten Unterhalt, wenn eine außerge-

---

[22] *Instit.* 332,339; vgl. *Fleiner*, Oeffentl. rechtl. Vorteilausgleichung in Festgabe d. Jur. Fak. Basel; *Heusler* 1904 S. 94 ff.

[23] Der Ausdruck ist einschränkend. Die Vorteile können auch anderer als bloß finanzieller Natur sein.

[24] Vgl. aber auch 3. Kap. II 2 hernach über die Gesetzmäßigkeit dieser Bestimmung.

wöhnliche Inanspruchnahme» der Straße vorliegt. Daß aber beim seinerzeitigen Bau der Straßen, insbesondere der Bergstraßen, nicht auf einen Gemeingebrauch durch Motorfahrzeuge von zehn und mehr Pferdekräften gerechnet wurde, unterliegt wohl keinem Zweifel. Das Befahren mit solchen Kraftfahrzeugen stellt sich daher sicherlich als außerordentliche Benutzung dar[25].

Eine andere Frage ist, wie sich aus praktischen Gründen die Schwierigkeit des vermehrten Kostenaufwandes für den Straßenunterhalt lösen läßt zu einer Zeit, da der Kraftfahrzeugbetrieb mehr und mehr sich zum ordentlichen Verkehrsmittel gestaltet.

II. Privatrechtliche Beschränkungen.

Es wurde bereits im ersten Kapitel ausgeführt, daß die Frage, ob und inwieweit öffentliche Sachen Gegenstand des Privatrechtsverkehrs sein können, sich nach dem Recht des Kantons bestimmt, dem die Hoheit über diese Sachen zusteht. Ferner wurde der Nachweis zu erbringen versucht, daß der bernische Hoheitsträger diese Frage in bejahendem Sinne beantwortet, indem er im allgemeinen Privatrechte an öffentlichen Wegen anerkennt.

Mit der Zulassung von Privatrechten an öffentlichen Wegen hat sich der bernische Träger der Straßenhoheit notwendigerweise *der eidgenössischen Privatrechtsordnung unterstellt,* da ihm selbst die Privatgesetzgebung nur noch insoweit zusteht, als das ZGB in einzelnen Fällen zugunsten der Kantone Vorbehalte macht (Art. 5 ZGB).

Was zunächst die Anwendbarkeit der Normen über das *Grundeigentumsrecht* betrifft, bedarf es zum Erwerbe des Eigentums an den dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücken der Eintragung in das Grundbuch, wenn dingliche Rechte daran zur Eintragung gebracht werden sollen oder die

[25] Der Gedanke, spezielle *Automobilstraßen* zu bauen, hängt mit dieser Eigenart der Kraftwagen zusammen, den Straßendamm besonders intensiv abzunutzen, so daß das Landstraßennetz erst in einen sog. «autoreifen» Zustand gebracht werden muß, um dem neuen Verkehr standzuhalten.

Kantone deren Aufnahme vorschreiben (Art. 944 I ZGB). Unter dinglichen Rechten im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur beschränkt dingliche Rechte, sondern auch das Eigentum zu verstehen[26]. Somit wären bernische öffentliche Wege in das Grundbuch aufzunehmen gewesen, selbst wenn das bernische EG zum ZGB dies nicht ausdrücklich bestimmt hätte.

Trotzdem ist Art. 126 bern. EG zum ZGB, der die Aufnahme öffentlicher Grundstücke in das Grundbuch vorschreibt, nicht bedeutungslos. Gemäß Art. 944 II ZGB ist nämlich ein ins Grundbuch aufgenommenes Grundstück von demselben auszuschließen, wenn es sich in ein solches verwandelt, das nicht im Privateigentum steht, oder wenn es dem öffentlichen Gebrauche gewidmet wird. Ein solcher Fall kann nach Art. 126 bern. EG nicht eintreten, selbst wenn alle Privatrechte an einem öffentlichen Weg erlöschen sollten, da die Aufnahme ins Grundbuch für alle Fälle vorgeschrieben ist. Die Umwandlung einer Privatsache in eine öffentliche Sache, z. B. Oeffentlicherklärung einer Privatstraße, wird somit lediglich durch eine Anmerkung auf dem Hauptblatt des betreffenden Grundstückes bezw. in den entsprechenden Liegenschaftsbeschreibungen gekennzeichnet werden (Art. 79, 80 Grundbuchverord.). Das gleiche Verfahren wird bei Aufhebung der Widmung zum Gemeingebrauch einzuschlagen sein (Löschung der Anmerkung).

Ueber die Art der Eintragung dinglicher Rechte an öffentlichen Grundstücken können jedoch die Kantone gemäß Art. 949 II ZGB auch besondere, vom ZGB abweichende, Vorschriften aufstellen, worüber im nächsten Kapitel bei Erörterung der gesetzgebenden Kompetenzen des Kantons noch zu handeln sein wird.

Der Rechtsverkehr, wie namentlich die Form der Begründung von Privatrechten an öffentlichen Sachen richtet sich nach dem ZGB (Art. 657 ZGB). Was die *Verfügungsbefugnis* über einen öffentlichen Weg betriff, so wird die Veräusserung eines solchen durch Kanton oder Gemeinde an einen Privaten wohl selten vorkommen. Häufiger wird umgekehrt die Eigen-

[26] *Leemann* N. 68 Art. 664; Erl. 353, 422.

tumsübertragung einer im Privateigentum stehenden Straße an Gemeinde oder Staat erfolgen. Als Gegenstand des Privatrechts ist aber der öffentliche Weg an sich eine res in commercio. Der Eigentümer eines Hauses an der Spitalgasse in Bern ist durch die Laube, die in Gemeingebrauch steht, keinesfalls in der Verfügung über sein Eigentum behindert, sofern nur die Zweckbestimmung der Laube dadurch nicht behindert wird. Die einzige Schranke im Verkehr mit Wegliegenschaften ist die, daß ihre Zweckbestimmung keine Beeinträchtigung erfahren darf. Zu einer solchen würde die Bewilligung des Hoheitsträgers (Regierungsrat) erforderlich sein (Art. 2 StrG 1834).

Hingegen bedarf die Veräußerung der Sache selbst keiner Genehmigung des Hoheitsträgers, soweit dieser nicht eine ausdrückliche Norm dieses Inhalts schafft. Zur Schaffung einer solchen Norm ist er gemäß ZGB 6 II befugt. Die Ansicht, daß die Veräußerung ohne weiteres der Genehmigung des Hoheitsträgers bedarf[27], trifft für bernisches Recht nicht zu.

Auch die Zulässigkeit der *Belastung* von Straßengrundstücken mit Dienstbarkeiten (Nutzungsrecht an Bäumen entlang dem Straßendamm, hineinragende Erker) und Pfandrechten ist prinzipiell als zulässig zu erachten, soweit sie der Erfüllung der öffentlichen Zweckbestimmung nicht widerstreiten. Daß das ZGB dieser Auffassung huldigt, ergibt sich klar aus Art. 944 I und 796 II. Allerdings besteht das beschränkte dingliche Recht auch nur, soweit dadurch die öffentliche Zweckbestimmung unberührt bleibt[28].

Allein dem Hoheitsträger ist das Recht vorbehalten, über Verpfändungen besondere Vorschriften aufzustellen oder sie überhaupt zu untersagen (Art. 796 II ZGB), desgleichen über Dienstbarkeiten (Arg. aus Art. 6 II ZGB)[29].

Macht der Kanton von dieser Befugnis keinen Gebrauch, und dies trifft beim Kanton Bern zu, so entsteht die Frage, ob

---

[27] *Leemann* N. 21 Art. 664; *Müller*, ZschR 31 S. 247.

[28] *Wieland*, Bem. 6 b Art. 664; *Leemann* N. 12 Art. 796.

[29] Praktisch hat das Pfandrecht in den meisten Fällen keinen Zweck, weil auch bei der Zwangsvollstreckung der Gemeingebrauch erhalten bleiben muß.

zu einer Belastung die Genehmigung des Hoheitsträgers einzuholen sei, oder nicht. Wir können der Ansicht[30] nicht beipflichten, daß eine besondere Bewilligung notwendig sei, da nach Art. 2 StrG 1834 nur eine «Veränderung» an der Gemeingebrauchsache nicht ohne Bewilligung des Regierungsrates vorgenommen werden darf. Eine Veränderung der Sache entsteht aber z. B. bei einer Verpfändung nicht, ebensowenig bei einer Dienstbarkeit, die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt (Mähen der Straßenböschungen).

Sollte andererseits die Belastung ein Recht schaffen, dessen Ausübung eine «Veränderung» der Sache mit sich bringt, bezw. den Gemeingebrauch beeinträchtigt, so wäre es eo ipso ungültig als Verstoß gegen Art. 2 StrG 1834 und Art. 664 III ZGB.

Daß für beschränkte dingliche Rechte an öffentlichen Sachen das Eintragungsprinzip gilt (ZGB 944), wurde bereits erwähnt.

Mit der Unterstellung der öffentlichen Wege unter die Privatrechtsordnung werden auch die *nachbarrechtlichen* Beschränkungen (Art. 684 ff. ZGB) und die negatoria gegen den Straßeneigentümer bei Verletzung des Nachbarrechts (Art. 679) anwendbar, wenn die Schädigung Dritter in Ausübung des *Eigentums* an der öffentlichen Sache entstanden ist. Handelt aber der staatliche Straßeneigentümer in Ausübung seines *Hoheitsrechts,* dann findet Art. 679 ZGB keine Anwendung[31]. Hingegen kann der kantonale Hoheitsträger als Eigentümer von Straßenareal nach OR 58 verantwortlich gemacht werden für den Schaden, der durch fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder durch mangelhafte Unterhaltung der Straße verursacht worden ist. Art. 58 OR spricht zwar von Werkeigentümer, aber nach bundesgerichtlicher Praxis[32] sind unter Werken in diesem Sinne auch Straßen, Brücken und Plätze zu verstehen.

---

[30] *Leemann,* N. 23 Art. 664; *Müller,* 1. c. 250.
[31] *BGE* 24 II 266; *Praxis* 6 No. 85.
[32] *Praxis* 12 No. 131; 13 No. 13; 7 No. 91.

DRITTES KAPITEL.

Die einzelnen Ausserungen der bernischen Strassenhoheit und ihre Auswirkung.

I. Unterordnung des Strassenwesens unter die Gesetzgebung.

Innerhalb der Schranken der Bundesverfassung und der Bundesgesetze, wie sie vorausgehend dargestellt wurden, sind die Kantone im Straßenwesen souverän und können im Rahmen ihrer Hoheit *öffentliches und privates Recht* schaffen. Sie bestimmen kraft ihrer Hoheit, in welchen *Formen* ihr gesetzgebender Wille auf diesem Gebiete sich verwirklicht: Verfassung, Staatsvertrag, Gesetz, Dekret, Verordnung, Verfügung im Einzelfall. Sie bestimmen, welchen staatlichen Organen die Sorge um den Vollzug ihrer Anordnungen obliegt. Schließlich bestimmen sie die Sanktionen gegen Uebertretungen der aufgestellten Normen.

Was insbesondere die Staatsverträge betrifft, so steht den Kantonen das Recht zu, über Gegenstände ihrer kantonalen Kompetenzen, somit auch über das Straßenwesen, unter sich Verträge zu schließen (Art. 7 II BV). Solche Verträge, gewöhnlich Konkordate genannt, können rechtssetzenden oder rechtsgeschäftlichen Inhalts sein[1]. Sie stehen unter völkerrechtlichen Grundsätzen und schaffen interkantonales Recht. Der Bund hat jedoch dem Vertragsrecht der Kantone zwei Schranken gezogen: Bündnisse politischen Inhalts sind untersagt; ferner unterliegt jeder interkantonale Vertrag der Kontrolle des Bundes und muß vom Bundesrat «genehmigt» werden. Erst mit der Bundesgenehmigung wird er vollziehbar (Art. 7 II, 102 Ziff. 7, 85 Ziff. 5 BV). Daß ein solcher Vertrag gleichsam kantonalem Verfassungsrecht gleichgeachtet

[1] *Fleiner,* Bundesstaatsr. 77, Instit. 82; *Burckhardt,* Komm. 107 f.

wird, ergibt sich daraus, daß sich Private wegen Verletzung der im Konkordat enthaltenen Rechtsvorschriften mit staatsrechtlichem Rekurs beim Bundesgericht beschweren können (Art. 113 Ziff. 3 BV; OrgG Art. 175 Ziff. 3, Art. 178).

Auf dem Gebiete der Straßenhoheit ist denn auch am 19. Dezember 1902 bereits im Wege des Konkordates eine einheitliche Verordnung betreffend den Motorwagen- und Fahrradverkehr auf schweizerischem Gebiete aufgestellt worden, dem der Kanton Bern mit Dekret vom 28. Januar 1904 beigetreten ist. Sodann kam am 31. März 1914 ein neues interkantonales Konkordat über den Verkehr mit Motorwagen und Fahrrädern zustande, dem der Kanton Bern mit Dekret vom 10. März 1914 beigetreten ist. Dieses hat in der Folge eine Reihe von Abänderungen und Ergänzungen erfahren, deren letzte mit Dekret vom 24. November 1927 eingeführt wurden. Auch über den Verkehr mit Autoomnibussen und Lastautos ist ein interkantonales Reglement vom 29. Dezember 1921 geschaffen worden.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Kantone auch mit auswärtigen Staaten auf dem Gebiete der Straßenhoheit (internationale) Verträge schließen können, da das Straßenwesen zu den «Gegenständen der Staatswirtschaft des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei» (Art. 9 BV) gehört. Allein sie dürfen solche Verträge nur mit den Beteiligten Verwaltungsbehörden der auswärtigen Staaten abschließen, nicht mit dem staatlichen Souverän als solchen («mit den untergeordneten Behörden und Beamten eines auswärtigen Staates», Art. 10 II BV). Schließlich bedürfen Verträge dieser Art gleichfalls der Genehmigung des Bundes (Art. 85 Ziff. 5, 102 Ziff. 7 BV)[2].

Im Kanton *Bern* steht die *Gesetzgebung* beim Volke (obligatorisches Gesetzesreferendum, Art. 6 bern. Verf.), somit auch die Straßengesetzgebung. Der Große Rat hat nur die Beratung und Beschlußfassung über die Vorlagen der Volksabstimmung. Auch *Konkordate,* insoweit sie die Straßengesetzgebung und nicht nur Straßenverwaltung betreffen, müssen

[2] *Fleiner,* Bundesstaatsr. 729 f; *Burckhardt,* Komm. 125 f.

daher der Volksabstimmung unterstellt werden (Art. 26 Ziff. 1 bern. Verf.). Hingegen steht dem Großen Rate die *authentische Auslegung* der Straßengesetze zu (Art. 26 Ziff. 3)[3] sowie das *Verordnungsrecht,* insoweit es nicht anderen Organen zugewiesen ist[4]. In der Regel wird das Verordnungsrecht durch die Straßengesetze dem Regierungsrat übertragen, aber auch den Ortpolizeibehörden (Art. 13 StrPol.G, Art. 1 und 18 Alignem.G.). Den Gemeinden wird in einzelnen Fällen sogar die Kompetenz delegiert, Rechtsverordnungen zu erlassen, die kantonale Gesetzesbestimmungen abändern (Art. 13 StrPol. G.). Ihre Verordnungen bedürfen jedoch der Genehmigung des Regierungsrates (Art. 13 StrPol. G.).

1. Bestimmung des Oeffentlichkeitscharakters und Klassifikation.

1. Der kantonale Gesetzgeber entscheidet vor allem die Frage, welche Sachen zu den *öffentlichen* gehören sollen. Die Eigenschaft der öffentlichen Sache liegt nämlich in ihrer Bestimmung für die öffentliche Verwaltung oder für den Gemeingebrauch und ihrer vom öffentlichen Recht normierten beschränkten Verkehrsfähigkeit. Das ZGB beschränkt sich darauf, in Bezug auf eine Kategorie von Sachen (herrenlosen Sachen), eine Rechtsvermutung für deren Zugehörigkeit zu den öffentlichen Sachen aufzustellen (Art. 664 II), ohne im übrigen den Kreis der öffentlichen Sachen abgrenzen zu wollen. Es überläßt vielmehr die Entscheidung dieser Frage dem kantonalen Hoheitsträger[5].

Hiermit ist dem kantonalen Hoheitsträger die sog. Kompetenz-Kompetenz zugestanden, d. h. Kompetenz durch selbstherrliche Bezeichnung des Kreises der öffentlichen Sachen

[3] Vgl. authent. Ausl. d. Ges. v. 21. März 1834 durch Unterstellung des Motorverkehrs unter dieses Gesetz (Beschl. v. 28. I. 1904).

[4] Vgl. z. B. Art. 14 StrPol.G., das den Gr. Rat ermächtigt, durch Dekret die notwendigen Vorschriften für den Motorwagen- und Fahrradverkehr aufzustellen und das Dekret v. 24. Jan. 1904 die Materie betreffend.

[5] *Erl.* 351.

seine Kompetenz, über dieselben Hoheitsrechte auszuüben, zu erweitern oder einzuengen. Ganz willkürlich kann der kantonale Hoheitsträger allerdings nicht vorgehen, da schon der allgemeine Begriff der öffentlichen Sache einer Ausdehnung über den Kreis der Sachen hinaus entgegensteht, deren sich ein öffentlichrechtlicher Verband zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient[6].

Andererseits könnte der Kanton nicht etwa Sachen, die ihrer ganzen Beschaffenheit nach unmittelbar dem öffentlichen Dienst gewidmet sind, von der Kategorie der öffentlichen Sachen ausschließen. Er würde dadurch Verwaltungsvermögen und Gemeingebrauchsobjekte ihrem Zwecke entfremden und hiermit seine Pflichten dem Bund gegenüber verletzen. Die Kantone haben nämlich als Glieder und Organe des Bundes gewisse Pflichten der Bundesgewalt gegenüber zu erfüllen, deren sie sich nicht entziehen dürfen[7].

Der kantonale Hoheitsträger hat andererseits aber nicht die Pflicht, als Gesetzgeber einen erschöpfenden Katalog aller öffentlichen Sachen aufzustellen. Es genügt, wenn sich in der Gesetzgebung Anhaltspunkte für die rechtliche Zugehörigkeit der Sachen finden, deren sich der Hoheitsträger zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient.

Die *öffentlichen Straßen und Wege* zählt das bernische StrG von 1834, wie schon hervorgehoben wurde, ausdrücklich den öffentlichen Sachen zu (Art. 2). Ein Recht des Hoheitsträgers ist es aber auch zu bestimmen, nach welchen *Begriffsmerkmalen* er einen Weg als öffentlichen seinen Machtbefugnissen unterstellen will. Er kann z. B. die Oeffentlichkeit des Wegbodens als Voraussetzung für den Charakter eines öffentlichen Weges verlangen. So verlangt das französische Recht, daß der Wegboden im Privateigentum des staatlichen Verwaltungskörpers steht[8]. Es wurde bereits hervorgehoben, daß der bernische Gesetzgeber sich einer Begriffsbestimmung des öf-

---

[6] *Fleiner,* Instit. 282 ff.; zu eng *Wieland* No. 5 zu 664 und *Leemann,* No. 34 zu 664, die nicht zwischen öffentlichen Sachen im weitern und im engern Sinne unterscheiden.

[7] *Fleiner,* Bundesstaatsr. 54 ff., Institut. 113 f.

[8] *Eschtruth,* Der öffentliche Weg, 102.

fentlichen Weges enthalten hat. Der Mangel einer Definition ist übrigens keineswegs eine Spezialität des bernischen Wegrechts. Ganz ähnlich liegen die Dinge in den meisten Bundesstaaten des Deutschen Reiches, vor allem in Preußen. Ebensowenig besitzt das österreichische Wegrecht eine solche Legaldefinition[9].

Die Gründe, warum der Gesetzgeber Definitionen meist vermeidet, sind verschiedenartiger Natur. Es mag hier mitgesprochen haben, daß die Bedeutung dessen, was unter einem öffentlichen Wege zu verstehen sei, im Worte selbst zu liegen scheint. Ferner läßt sich der Gegensatz zwischen öffentlichem und Privatweg nicht leicht durch eine durchgreifende, die mannigfaltigsten Beziehungen erschöpfende Definition im voraus festlegen und der Gesetzgeber mag befürchtet haben, daß Definitionen oft eher Zweifel in die Sache hineintragen, als beseitigen.

Daß der bernische Hoheitsträger jedenfalls Hoheitsrecht und Eigentum an öffentlichen Wegen von einander geschieden und unabhängig gestaltet hat, wurde bereits ausgeführt. Der Hoheitsträger hatte aber zweifellos auch das Recht, darüber zu bestimmen, ob die Eigentumsbeziehung zwischen ihm und der seiner Hoheit unterworfenen Sache sich als eine privatrechtliche oder eine öffentlichrechtliche darstellt.

Die Ansicht, daß mit dem Inkrafttreten des ZGB alle öffentlichen Sachen von dessen Eigentumsnormierung ergriffen worden seien[10], ist kaum richtig. Das ZGB beschränkt sich darauf, die öffentlichen Sachen unter die Hoheit des Gebietsstaates, d. h. unter das kantonale öffentliche Recht zu stellen (Art. 664 I). Es hat sich hierdurch versagt, zur Frage der rechtlichen Zugehörigkeit der öffentlichen Sachen und zu der rechtlichen Natur dieser Zugehörigkeit Stellung zu nehmen. Auch diese Fragen hat es zusammen mit der ganzen Materie dem kantonalen Recht überlassen, das die Beziehungen zwi-

[9] *Germershausen,* S. 1 ff.; Hawelka, Die Rechte an öffentl. Wegen in Oesterreich, Wien, 1910, S. 3.

[10] *Müller,* l. c. 217, 219.

schen Hoheitsträger und Sache in jeder Beziehung zu ordnen kompetent ist[11].

Es ist dies umsoweniger in Frage zu stellen, als ja das ZGB gerade im Sachenrecht am weitgehendsten den kantonalen Hoheitsträgern privatrechtliche Kompetenzen zuspricht. Die Kantone dürfen «in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen beschränken oder untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen» (Art. 6 ZGB). Sie dürfen die Verpfändung von öffentlichem Grund und Boden besonderen Vorschriften unterstellen oder ganz untersagen (Art. 796 II) und anderes mehr.

Der bernische Hoheitsträger hat nun in Bezug auf die öffentlichen Wege von seinem Rechte, auch die Eigentumsbeziehungen zwischen ihm und den seiner Gewalt unterworfenen Sachen, sowie ihre Verkehrsbeziehungen durch öffentlichrechtliche Normen selbstherrlich zu ordnen, bisher keinen Gebrauch gemacht. In den Begriffskomplex der öffentlichen Wege spielen somit diese Verhältnisse nicht hinein.

2. Der bernische Gesetzgeber hat aber nicht nur unterlassen, die Begriffsmerkmale des öffentlichen Weges aufzustellen, er hat nicht einmal die *Erfordernisse der Begründung und Endigung der Oeffentlichkeit* eines Weges normiert. Er hat insbesondere nicht bestimmt, ob eine Sache nur durch einen Verwaltungsakt der zuständigen Behörde zu einer öffentlichen gemacht werden kann (Widmung, Indienststellung) und nur durch einen gleichartigen Akt ihrer öffentlichen Zweckbestimmung wieder entzogen werden kann (Außerdienststellung).

Das Grundgesetz des Straßenwesens, das Gesetz über den Straßen- und Brückenbau vom 21. März 1834, begnügt sich damit, zu bestimmen, daß die Straßen und Wege in vier Klassen zerfallen und daß die «übrigen öffentlichen Wege, die in

[11] *Leemann,* No. 12 zu 664; *Wieland,* No. 4 d Art. 664 wenigstens in Bezug auf die Kategorie der im Gemeingebrauch stehenden Sachen.

keine dieser Klassen fallen, unter der Aufsicht der Regierung» stehen, «nicht aber die Privatwege» (Art. 3, letzt. Abs.).

Die *Indikatur* über die prinzipiellen Fragen, die übrigens im Straßenwesen sehr spärlich ist, hat aus dieser nicht gerade durch Klarheit ausgezeichneten Bestimmung das Prinzip abgeleitet, daß solange ein Weg nicht vom Regierungsrat als unter seiner Aufsicht stehend erklärt wird, er Privatweg bleibt[12]. Die Oeffentlichkeit eines Weges, zugleich die Frage, ob der Weg der Straßenhoheit des Kantons unterstellt ist, pflegt in der Regel nur bei einer ganz bestimmten Kategorie von Wegen streitig zu werden. Es sind das jene, die *tatsächlich* allgemein benutzt werden, ohne daß der Nachweis einer Widmung für den Gemeingebrauch erbracht werden kann.

Der bernische Hoheitsträger hat die am nächsten liegende Frage, was denn überhaupt ein öffentlicher Weg sei, offen gelassen und sich damit begnügt, eine *Klassifikation* der öffentlichen Straßen und Wege vorzunehmen je nach der Bedeutung des Verkehrs, den diese Wege vermitteln. Es werden vier Klassen vorgesehen: Hauptstraßen, Landstraßen, Verbindungswege und Dorfwege (Art. 3). Die Einordnung eines Weges in eine dieser Klassen ist eine Verwaltungsverfügung des Regierungsrates (Art. 4). Mit dem Ausspruche, daß ein bestimmter Weg zu einer bestimmten Klasse gehöre, ist naturgemäß zugleich entschieden, daß er ein öffentlicher Weg ist. Durch die Einordnung in eine Wegklasse ist die Unterstellung unter die Straßenhoheit nicht nur in Bezug auf das eigentliche Straßenareal vollzogen, sondern auch in Bezug auf das Zubehör. So sind z. B. die *Berner Lauben* ein Zubehör zu den Straßen. Die Lauben wurden zwar nie ausdrücklich der Straßenhoheit unterstellt, aber durch die Unterstellung (bezw. Einklassierung) der betreffenden Straßen mitergriffen.

Für die Qualifizierung eines Weges als Hauptstraße, Landstraße, als Verbindungs- oder Dorfweg stellt der Gesetzgeber bestimmte äußere, jedermann leicht erkennbare Merkmale auf:

[12] Regierungsratsentsch. vom 10. Jan. 1903 (M. 1903, S. 68).

Hauptstraßen dienen zur Beförderung des allgemeinen Verkers und der Verbindung mit andern Kantonen und dem Auslande (I. Kl.). *Landstraßen* dienen dem Verkehr mehrer Amtsbezirke unter sich oder mit der Hauptstadt, auch minder wichtigen Verbindungen mit andern Kantonen und dem Auslande (II. Kl.). *Verbindungswege* (III. Kl.) sind Wege für Fuhrwerke und Saumtiere, die einzelne Kirchgemeinden unter sich oder mit einer Haupt- bezw. Landstraße verbinden. Zu ihnen gehören auch die Saumwege. *Dorfwege* (IV. Kl.) verbinden schließlich die einzelnen Abteilungen von Kirchgemeinden unter sich mit einer Straße I. und II. Klasse, bezw. mit einem Verbindungsweg (Art. 3).

Allein diese Einteilung ist keine erschöpfende. Die aufgezählten Straßenkategorien sind nur die typischen. Die Straßen und Wege im Innern einer Stadt würden z. B. nach dieser Einteilung unter die «Dorfwege» fallen, wenn sie einzelne Quartiere mit einander verbinden, nicht aber, wenn sie innerhalb eines Quartiers einzelne Häuserblocks mit den Quartierstraßen verbinden. Ebensowenig lassen sich Lauben (Arkaden), Durchgangshäuser, Eisenbahnzufahrtswege unter diese Kategorie unterbringen.

Daß diese Unvollkommenheit seiner Klassifikation dem Hoheitsträger nicht entgangen ist, darüber läßt der letzte Absatz des Art. 3 keinen Zweifel. Er spricht von den «übrigen öffentlichen Wegen, die in keine dieser Klassen fallen», und stellt diese unter die Aufsicht der Regierung, im Gegensatz zu den «Privatwegen».

Der Rechtszustand ist also der, daß außer den vier Sonderklassen, in welche die typischen öffentlichen Wege eingeteilt worden sind, noch eine klassenlose Kategorie öffentlicher Wege existiert, die alle andern Wege umfaßt. Während für die öffentlichen Wege der vier Klassen durch die Einordnung in eine dieser Klassen zugleich entschieden wird, daß er ein öffentlicher Weg ist, sollen nach der zitierten Entscheidung andere Wege durch eine Erklärung des Regierungsrates, daß sie seiner Aufsicht unterstellt sind, als öffentliche gekennzeichnet werden.

Die Entscheidung geht von der herrschenden Theorie[13] aus, nach welcher eine Sache, die nicht schon vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit ohne weiteres als öffentliche zu betrachten ist, nur durch einen Verwaltungsakt der zuständigen Behörde zu einer öffentlichen gemacht werden kann (Widmung, Indienststellung). Auch im bernischen Recht liegt der Schwerpunkt auf der *Widmung*, bezw. *Unterstellung*, die bei den Klassenstraßen offenbar in der Zuteilung zu einer Klasse besteht, bei den unklassifizierten öffentlichen Wegen durch eine Erklärung des Regierungsrates bewirkt wird, die diese Unterstellung ausspricht.

Was den Begriff der Unterstellung anbetrifft, so geht aus der genannten Entscheidung hervor, daß darunter ein Willensakt des höchsten Organes der öffentlichen Verwaltung verstanden wird, dem nach Art. 2 und 3 StrG das Straßenwesen zugeordnet wird.

Aber die Unterstellung kann nur ausgesprochen werden, wenn der Hoheitsträger auch die *privatrechliche* Verfügungsgewalt über die Sache besitzt. Wenn das Wegareal somit im Privateigentum steht, so kann die Unterstellung nur stattfinden, nachdem der Hoheitsträger das Eigentum an der Sache erworben hat (z. B. durch Kauf, Enteignung usw.), oder das Grundstück mit einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung belegt wird, worüber im Abschnitt über Unterstellung von Privatwegen näher einzugehen sein wird.

Andererseits wird ein Weg nicht dadurch zum öffentlichen und somit nicht der Straßenhoheit unterstellt, daß der private Eigentümer ihn dem allgemeinen Verkehr widmet. Eine solche einseitige Verfügung des Grundbesitzers könnte der Gemeinde bedeutende Lasten aufbürden, die die Oeffentlichkeit für sie im Gefolge hat. Sie muß nach Art. 18 StrG den Weg erhalten, insoweit nicht die Pflicht zu diesem Aufwande nach zivilrechtlicher Bestimmung auf dem Eigentümer lastet. Die Gemeinde muß außer für Reinigung und Beleuchtung des Weges in jedem Fall für die Sicherheit und Ordnung des Ver-

[13] *Fleiner*, Institut. 284; *Germershausen* I 696; *Hawelka* 6; Otto *Mayer* 85 ff.

kehrs Sorge tragen (Art. 15 Strpol. G). Sie kann unter Umständen zur Schadenersatzleistung nach ZGB 679 oder OR 58 herangezogen werden. Wollte man den Willensakt des Grundeigentümers, durch welchen er einen Weg dem allgemeinen Verkehr freigibt, als Widmung im technischen Sinne des Worts auffassen, dann könnte der Private z. B. durch Anlegung von Spekulationswegen, die nur seinem Eigeninteresse dienen (Erhöhung von Grundstückpreisen), dem Hoheitsträger beliebige Lasten aufbürden.

Der Unterstellungsbeschluß der zuständigen Organe der öffentlichen Verwaltung ist ein administrativer Akt, aber durch diesen Akt wird der betreffende Weg auch der Straßengesetzgebung des Kantons unterstellt. Nach der verwaltungsrechtlichen Theorie müßte man noch zwischen Widmung und Unterstellung unterscheiden, weil theoretisch die Widmung an sich nicht genügt, die Oeffentlichkeit des Weges zu begründen. Um diese Wirkung hervorzubringen, muß die Widmung auch *vollzogen* werden, d. h. der Weg muß für den allgemeinen Verkehr tatsächlich eröffnet worden sein[14]. Das bernische Recht kennt jedoch eine solche Scheidung nicht.

Auch die langjährige ungehinderte Benutzung eines Weges begründet seine Oeffentlichkeit nach bernischem Recht ebensowenig wie eine private Widmung[15].

Daß wie die Unterstellung auch die Klassifikation durch einen contrarius actus geändert werden kann, heben Art. 4 und 16 StrG besonders hervor.

3. Die Frage, welche Behörden zur *Entscheidung über die Oeffentlichkeit eines Weges* berufen ist, hat der bernische Hoheitsträger ebensowenig beantwortet wie jene nach den Merkmalen eines öffentlichen Weges. Daß der Hoheitsträger auch diese Frage entscheidet, unterliegt keinem Zweifel. Es fragt sich lediglich, ob er diese Entscheidung seiner Zivil-

[14] O. *Mayer* 85 ff; Hawelka 15.

[15] Der Gedanke, der die Rechtsinstitute der Ersitzung und Verjährung erzeugt hat, hat sich auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wirksam erzeigt. Vgl. *Tezner*, Die privatrechtstitel im öffentlichen Recht (Arch. f. öff. Recht IX 373 ff), Entscheidungen des österr. Verwaltungsgerichts bei Hawelka 20.

oder Administrativjustiz unterstellen will. In Art. 10 der Staatsverfassung ist der Grundsatz der Trennung der Gewalten proklamiert, insbesondere der administrativen und richterlichen Gewalt. Die Entscheidung der Frage, ob im einzelnen Falle die administrativen oder die richterlichen Behörden zuständig seien, richtet sich nach allgemein anerkannten Grundsätzen in Ermangelung positiver Vorschriften einzig nach der rechtlichen Natur des geltend gemachten Anspruches. Ist der Anspruch öffentlichrechtlicher Natur, so sind die Verwaltungsbehörden zuständig; ist er dagegen zivilrechtlicher Natur, so sind die Zivilgerichte zur Entscheidung berufen[16].

Die Frage, ob eine Sache eine öffentliche sei, ist eine öffentlichrechtliche, somit von den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten zu entscheiden[17]. Wenn jedoch auch das Eigentum an der Sache streitig ist (z. B. ob ein Weg im Eigentum eines Privaten oder eines Gemeinwesens stehe) und hievon die Entscheidung der Frage des öffentlichen oder privaten Charakters der Sache abhängt, so ist es in erster Linie ein Privatrecht, das im Streite liegt, so daß dafür nach allgemeiner Auffassung der Rechtsweg offen stehen muß (Praxis 6 No. 147).

4. Mit der Unterordnung eines Weges unter die Straßenhoheit, die, wie wir gesehen haben, indirekt durch Einreihung in eine Wegklasse oder direkt durch Erklärung des Regierungsrates erfolgt, wird nicht nur das betreffende Areal dem Gemeingebrauch unterworfen, sondern die Straßenhoheit unterwirft gleichzeitig die *Anlieger* einer Reihe von *öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen,* die sich als ein namhafter *Eingriff in die Privatrechtssphäre* darstellen.

Schon durch die allgemeine Kompetenzabgrenzungsregel des Art. 6 ZGB wären die Kantone zur Aufstellung öffentlichrechtlicher Beschränkungen des Grundeigentums befugt. Art. 702 ZGB stellt aber noch besonders fest, daß die selbständige Ge-

[16] Vgl. *Vogt,* Rechtsmäßige Eingriffe des Staates in subj. Privatrechte, 1910, 14 ff. und die dort zit. Bundesgerichtspraxis.

[17] *Fleiner,* Instit. 243; BE 31 II 855; 38 II 408; 41 II 146; ZbJV *53* 573; *57* 129.

setzgebungshoheit der Kantone auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch die Eigentumsordnung des ZGB nicht berührt werde[18]. Eine Schranke besteht jedoch für die Kantone in dieser Richtung außer in bereits erörterten Gesetzgebungsrechten des Bundes in dem Grundsatze, daß Beschränkungen des Grundeigentums nur «zum allgemeinen Wohl» (Art. 702 ZGB) aufgestellt werden dürfen (Praxis 4 No. 225). Damit ist zugleich dem mit der Handhabung des Bundeszivilrechts betrauten Richter ein Prüfungsrecht eingeräumt, ob die Grenze vom Kanton nicht überschritten worden ist[19]. Der Richter hat jedoch nicht den Wert der einzelnen Maßnahme zu prüfen und zu entscheiden, ob sie im konkreten Falle dem allgemeinen Wohl entspreche, sondern lediglich die *Zweckbestimmung* des Eingriffes in die Privatrechtsphäre, ob sie zur Wahrung von Interessen der Allgemeinheit erfolgt ist[20].

Der *Inhalt* der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen entspricht im allgemeinen den nachbarrechtlichen Beschränkungen der Art. 684 ff. ZGB und ist mit den Dienstbarkeiten und Grundlasten verwandt, so daß man auch von «öffentlichrechtlichen Dienstbarkeiten und Grundlasten» spricht. Allein ihrer Rechtsnatur nach sind sie von Dienstbarkeiten und Grundlasten sehr verschieden. Das der Last entsprechende Recht ist kein selbständiges dingliches Recht, überhaupt kein Recht irgend eines Privaten gegen einen Privaten. Es handelt sich hier vielmehr um Anordnungen des Staates zum Schutze eines unmittelbaren Interesses des Gemeinwesens[21].

Als Eingriffe in die Freiheit des Eigentums, die nach bernischem Recht verfassungsrechtlich garantiert ist (Art. 89 bern. Verf.), bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit der gesetzlichen Grundlage, was übrigens schon aus den Grundsätzen des Rechtsstaates folgt. Bloße Verwaltungsverordnungen würden nicht genügen (BGE *23 1520;* 30 I 65 ff; 35 I 147). So sind

[18] *Gmür,* Komm. ZGB Art. 6; *Leemann,* No. 2 11 Art. 702 ZGB.

[19] *Gmür,* N. 12 zu Art. 6 ZGB; *Egger,* Komm. ZGB 182; *Burckhardt,* Komm. 609 Anm. 1.

[20] *Leemann,* N. 8 Art. 702; vgl. auch *Praxis* 6 No. 168.

[21] *Fleiner,* Instit. 308 f.; Otto *Mayer* II 216; *Leemann* N. 4 Art. 702.

denn auch die Eigentumsbeschränkungen im *Gesetz betr. die Straßenpolizei* vom 10. Juni 1906 und *Alignementsgesetz* vom 15. Juli 1894 grundsätzlich festgelegt.

Ein *Entschädigungsanspruch* wegen Eigentumsbeschränkungen, die durch den Gesetzgeber oder durch Verwaltungsverfügungen auf gesetzlicher Grundlage im öffentlichen Interesse erfolgen, stehen dem Eigentümer nach der Praxis des Bundesgerichts, in Uebereinstimmung mit der modernen Doktrin, nur zu, wenn die Rechtsordnung — Gesetz oder Gewohnheit — einen solchen vorsieht (BGE 31 II 554; 34 I 241; 35 I 133; 39 I 76 ff.[22].

Das Alignementengesetz lehnt eine Entschädigung wegen der Beschränkungen der Baufreiheit an öffentlichen Straßen und Plätzen ausdrücklich ab, mit Ausnahme einiger enumerativ aufgezählter Fälle (§ 13), während das Straßenpolizeigesetz Entschädigungsansprüche überhaupt nicht erwähnt. Die Verfassungsmäßigkeit entschädigungsloser Eingriffe erscheint uns fraglich angesichts der kategorischen Bestimmung des bernischen Verfassungsartikels 89:

«Das Eigentum ist unverletzlich.

Wenn das allgemeine Wohl die Abtretung eines Gegenstandes desselben erfordert, so geschieht dieselbe nur gegen vollständige, wenn möglich vorherige Entschädigung.»

Wohl spricht der Artikel nur von Entschädigung bei Abtretungen, allein aus dem proklamierten Grundsatz der Unverletzlichkeit darf eine Entschädigungspflicht bei jedweder Verletzung, die auch in einer Eigentumsbeschränkung liegt, abgeleitet werden. Es müßte sonst ein ausdrücklicher dementsprechender Vorbehalt gemacht werden.

2. Strassenbau.

A. Begründung an Wegebaulast im allgemeinen.

Dem kantonalen Hoheitsträger steht auch die Gesetzgebung über den Straßen*bau* zu im Interesse der Landesverteidigung und des allgemeinen Verkehrs. Kraft dieser Ge-

[22] *Haab,* Objekt der Expropriation 30 ff.

setzgebungsbefugnisse kann er die Herstellung (Anlage) von Straßen aus eigenen Mitteln beschließen, aber auch darüber bestimmen, wem er sonst ein solches Beschlußrecht einräumen will. Gemäß Art. 5 StrG erfordert die Anlage neuer Straßen der ersten, zweiten und dritten Klasse ein Gesetzgebungsakt (Großer Rat), während der Bau von Straßen vierter Klasse von den Gemeinden oder den Grundeigentümern beschlossen wird. Des weitern steht es dem kantonalen Hoheitsträger zu, über die *Wegebaulast* die erforderlichen Bestimmungen zu treffen und insbesondere eine Verteilung derselben vorzusehen.

Unter Wegebaulast versteht man die öffentlichrechtliche Verpflichtung eines Rechtssubjektes, öffentliche Wege derart zu bauen, wie es das Bedürfnis des öffentlichen Verkehrs erfordert[23]. Der bernische Hoheitsträger hat die Wegebaulast unter *Staat* und *Gemeinde* verteilt und zwar derart, daß der Staat mit der Anlegung von Straßen der ersten drei Klassen (Haupt-, Landstraßen und Verbindungswege) belastet wurde, während die Gemeinden den Aufwand für die Errichtung von Dorfwegen und deren Zubehör zu tragen haben StrG Art. 12).

Aber auch *Privaten* wird die Wegebaulast aufgebürdet. Es kommt dies in folgenden Fällen vor:

1. Die Errichtung von Wegen vierter Klasse fällt neben den Gemeinden den Grundeigentümern innerhalb ihrer Marchen zu (Art. 12 II StrG).

2. Privatbeteiligte, welche die Anlegung oder Veränderung einer Straße wünschen und sich zu einer Beisteuer erbietig machen, werden bei Beschließung des Straßenbaues zur Beisteuerung herangezogen (Art. 12 I StrG).

3. Die Gemeinden sind durch das Alignementsgesetz (§ 18 Ziff. 3) befugt, Bestimmungen über die Beiträge aufzustellen, die von den Gebäude- und Grundeigentümern zu beziehen sind und zwar an die Erstellung von Straßen, Trottoirs, Brücken, Viadukten, Plätzen, Abzugskanälen, Beleuchtungs- und Wasserleitungsanlagen und ähnliches (revidierter Text vom 3. Nov. 1907).

---

[23] *Just,* Wegeord. f. Westpreußen, Berlin 1906 S. 33; *Hoffmann,* Die Wegebaulast in Pommern, Diss. Tübingen 1907 S. 1 ff.

Allerdings unterliegen die auf Grundlage des zitierten Artikels von den Gemeinden erlassenen Vorschriften der Genehmigung des Regierungsrates. Ist dieselbe erteilt, so genießt die Gemeinde ein gesetzliches Pfandrecht an den Liegenschaften der beitragspflichtigen Anlieger, das jedoch allen bereits bestehenden Pfandrechten im Range nachgeht.

Wir sehen somit, daß der Träger der Straßenhoheit nicht nur bei Anlage von Straßen tief in die Privatrechtssphäre der Bürger eingreift, sondern auch, daß er einzelnen Privaten direkte Wegebaulasten aufbürdet. Daß der Träger der Straßenhoheit, der ja zugleich die Steuer- und Abgabehoheit inne hat, solche Lasten den gewaltunterworfenen Subjekten aufzuerlegen die Kompetenz hat, unterliegt keinem Zweifel. Die einzige Schranke bildet hier das Postulat der Rechtsgleichheit, wie es Art. 4 BV aufstellt. Wie dieses Postulat zu interpretieren ist, wurde bereits (zweites Kapitel I. 1. hievor) hervorgehoben. Eine Verletzung der Rechtsgleichheit kann insbesondere nicht darin erblickt werden, daß nur die Anlieger zu diesen *Vorzugslasten,* wie sie technisch bezeichnet werden, herangezogen werden. Die unmittelbaren Straßenanlieger sind nämlich besonders bevorzugt, indem ihnen die Straße wirtschaftliche Vorteile bringt, wie sie die gewöhnlichen Benutzer nicht genießen. Erwähnt sei nur die Wertsteigerung der anliegenden Liegenschaften, die Verbesserung des Zuganges, der Bezug von Licht und Luft, die Verbindung mit dem Straßennetz usw. Durch die Auferlegung der Vorzugslast wird in öffentlich-rechtlicher Form eine Vorteilsausgleichung vollzogen[24]

Eine andere Frage ist, ob die *konkrete Lösung,* die der Beitragspflicht in einzelnen Verordnungen gegeben wird, nicht das Prinzip der Rechtsgleichheit verletzt. In dieser Richtung sei hier insbesondere die stadtbernische Verordnung vom 4. März 1910 über Beitragspflicht der Grundeigentümer bei Neuanlage oder Verbesserung öffentlicher Verkehrswege und Plätze einer kurzen Betrachtung unterzogen.

[24] *Fleiner,* Oeffentlichrechtl. Vorteilsausgleichung (Festgabe für Heusler 1904) S. 92 ff.

Das Alignementsgesetz vom 19. April 1894 enthält den Passus, vonach die Gemeinden Bestimmungen aufstellen können «über die Anlage von Straßen und Trottoirs, Abzugskanälen, Beleuchtungs- und Wasserleitungsanlagen und ähnliches und die Beiträge der Gebäude- und Grundeigentümer an die Erstellung und Unterhalt derselben» (§ 18 Ziff. 3). Auf dieser Grundlage wurde vom Berner Stadtrat im Jahre 1905 eine Verordnung über die Beitragspflicht entworfen, die insbesondere auch bei Brückenbauten die Grundeigentümer einer gewissen Zone zur Beitragspflicht heranzog und für den pflichtigen Beitrag ein gesetzliches Pfandrecht einräumte. Mit Recht hat die Gemeinde (am 19. März 1905) diese Verordnung abgelehnt, unter anderem auch, weil ihr der gesetzliche Boden fehlte. Der genannte § 18 AlG sprach nämlich nicht von Brückenbauten und gerade diese größte Baulast durfte man in der Verordnung nicht einfach mit dem Passus «und ähnliches» des Alignementsgesetzes stützen. Des weiteren sah das AlG kein gesetzliches Pfandrecht vor, so daß einem Selbstverwaltungskörper die Kompetenz zur Schaffung eines solchen abgesprochen werden mußte[25].

In der Folge wurde durch eine Revision des § 18 AlG (vom 3. November 1907) diese fehlende gesetzliche Basis geschaffen, indem die Worte «Brücken, Viadukte, Plätze» statt «und ähnliches» in den Text des § 18 aufgenommen wurden und der Gemeinde überdies ein gesetzliches Pfandrecht für die Beiträge der Grundeigentümer zugebilligt wurde. Auf dieser neu geschaffenen Grundlage erging dann die stadtbernische Verordnung betreffend die Beitragspflicht der Grundeigentümer bei Neuanlage oder Verbesserung öffentlicher Verkehrswege und Plätze vom 4. März 1910.

Diese Verordnung begnügt sich nicht damit, die Anwänder zur Beitragspflicht heranzuziehen, sondern erklärt als beitragspflichtig «die Eigentümer von Grundstücken einer zu bestimmenden *Zone*, die jeweilen das Gebiet umfassen soll, dem voraussichtlich aus der geplanten Anlage eine wesent-

[25] Vgl. *Steiger*, ZbJV 41, S. 26 ff; Botsch. d. bern. Stadtrates vom 4. März 1910 S. 2.

liche Wertvermehrung erwachsen wird und zwar sowohl unmittelbar durch die Ausführung des Werkes, als auch durch die bauliche Entwicklung der darauffolgenden fünzehn Jahre» (Art. 2).

Dieses *Zonensystem* ist sehr kompliziert. Zwecks Festsetzung der Beitragsquoten werden nach Art. 5 Vdg die in der Zone liegenden Grundstücke nach den größeren oder geringeren Vorteilen, die den Grundeigentümern aus der Ausführung der Anlage erwachsen, in Klassen eingeteilt, in denen diese Grundstücke je nach Bedürfnis mit Quoten von 100% bis zu 5% ihrer Grundsteuerschatzung für die Beitragspflicht in Berechnung fallen.

Dieses Zonensystem, das übrigens auch St. Gallen, Luzern, Zürich, Solothurn, Lausanne, Aarau und Neuchâtel kennen[26], enthält unleugbar einen gewissen Zug von Willkür, da es keinen genauen Maßstab gibt, um die der Beitragspflicht als Voraussetzung dienende Wertvermehrung genau und zuverläßig zu konstatieren. Die Behörden sind von den mehr oder weniger willkürlichen Schätzungen der Experten abhängig, oft zu einer Zeit, wo die Bauten noch gar nicht erstellt sind und die wirkliche Wertvermehrung an Hand von Tatsachen noch gar nicht festgestellt werden kann.

Allein die Allgemeingültigkeit dieses Schätzungsverfahrens, die Zulässigkeit von Einsprüchen gegen die einzelne Schätzung und der offene Weg zum Verwaltungsgericht (Art. 6 Vdg) lassen wohl eine Anfechtung der Bestimmung auf Grund des Art. 4 BV als ausgeschlossen erscheinen. Es kommt hinzu, daß die Verordnung noch ein *individuelles Korrektiv* geschaffen hat (Art. 9), indem sie dem beitragspflichtigen Grundeigentümer noch ein letztes Garantiemittel gegen eine unangemessene Belastung verleiht. Er kann sich der Bezahlung des ihm auferlegten Beitrages dadurch entziehen, daß er die Liegenschaft, für welche er beitragspflichtig erklärt worden ist, zu dem bisherigen Werte derselben der Gemeinde zum Kauf anbietet. Er kann ihr somit das sog. *Heimschlagsrecht* anbieten.

[26] Vgl. *Schweizer* E. in Schweiz. Z. f. Straßenwesen 1927 S. 49 f.

Auch vom Standpunkt einer Doppelbesteuerung aus läßt sich die Ordnung der Beitragspflicht nicht anfechten. Eine solche Anfechtung könnte sich darauf stützen, daß die Wertvermehrung, die durch städtische Bauten, wie Straßen, Brükken, Plätze entsteht, bereits durch das ordentliche Steuergesetz erfaßt wird. Es werden nämlich zunächst alle Neubauten zu dem jeweiligen Verkehrswert eingeschätzt und darnach die Grundsteuer bemessen. Sodann wird bei jeder Totalrevision, die im Kanton Bern in der Regel alle 10 Jahre stattfindet, die Wertvermehrung berücksichtigt, die durch Bauten des Kantons oder der Gemeinde entstanden ist. Die Verordnung bringt daher eine doppelte Belastung des Grundbesitzes und zwar die Beitragspflicht neben der Höherwertung infolge der Totalrevision der Grundsteuer.

Allein das Doppelbesteuerungsverbot des Art. 46 II BV ist auf diesen Fall nicht anwendbar, da die Beitragspflicht keine Steuer im technischen Sinne des Wortes ist, sondern eine Vorzugslast[27].

Zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Forderungen liegt allerdings in einer Richtung ein besonderer Unterschied. Einer privatrechlichen Last muß nachgekommen werden, gleichgültig, ob der verpflichtete leistungsfähig ist oder nicht. Der Anspruch kann bis zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Verpflichteten verfolgt werden (Konkurs). Der Staat hingegen hat die Aufgabe, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dieses Prinzip bringt beispielsweise Art. 43 SchKG zum Ausdruck, wonach wegen öffentlicher Abgaben ein Schuldner nicht in Konkurs getrieben werden darf, selbst wenn er im übrigen der Konkursbetreibung unterliegt.

Es erhebt sich die Frage, ob der bernische Hoheitsträger dem Grundeigentümer, der zu Vorzugslasten herangezogen worden ist, andererseits für eine Entziehung oder Schmälerung dieser Nutzungen durch Auflassung, *Verlegung oder Veränderung der Straße* in horizontaler oder vertikaler Richtung eine *Entschädigung* zubilligen müsse. Die verwaltungsrechtliche

[27] *Blumenstein*, Steuerrecht S. 135 N. 33 und die dort zit. Judikatur.

Doktrin anerkennt im allgemeinen einen solchen Anspruch[28]. Im bernischen Recht fehlt eine solche Bestimmung. Man hat in der Doktrin den Anspruch auf verschiedene Weise zu begründen versucht. Man fand in den Anliegerrechten subjektive servitutähnliche Rechte, deren Verletzung zum Schadenersatz verpflichte. Andere haben nachbarrechtliche Bestimmungen herangezogen[29], oder in den Anliegerrechten eine Ausübung des Gemeingebrauches erblickt[30], ihn aber als einen Bestandteil der Rechtssphäre des Individuums anerkannt.

In der *bernischen Judikatur* fanden wir nur eine Entscheidung in dieser Materie vor (Bern. Appellationshof vom 6. Oktober 1910)[31]. Sie betraf Entschädigungsansprüche der Anstößer wegen Veränderung eines Weges (Umwandlung in eine Sackgasse). Die Ansprüche richteten sich wohl gegen die Bundesbahnen, aber die Umlegung betraf einen der bernischen Straßenhoheit unterstehenden Weg. Der Appellationshof untersuchte dabei die Frage, ob und welcher Rechtscharakter im Sinne des bernischen StrG von 1834 den sog. Anliegerrechte zukäme. Auf Grund des Art. 1 StrG negiert der Appellationshof die Möglichkeit, überhaupt dingliche Rechte an öffentlichen Straßen und Wegen zu begründen, weil dieser Artikel sie als öffentliche Sachen bezeichnet, an denen ohne Bewilligung des Regierungsrates keine Veränderung vorgenommen werden darf.

Diese Ansicht dürfte kaum einer Kritik standhalten, wie schon aus den bisherigen Darlegungen (I. Kapitel) hervorgeht. Vor allem sieht schon der Appellationshof in Art. 9 StrG eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Sodann kann ja, wie bereits ausgeführt worden ist, das ganze Straßenareal Privateigentum sein. Art. 5 StrG sieht auch ausdrücklich vor, daß die Grundeigentümer die Errichtung einer öffentlichen Straße (IV. Klasse) auf ihrem Boden beschließen können.

[28] O. *Mayer, II 132; Pfersche Art.* Anliegerrechte im österr. Staatsw. I. 142; *Tezner* 1 c. 384; *Hawelka* 97 f.
[29] *Hatschek,* Stell. d. Fiskus (Verw. Archiv VII 474).
[30] O. *Mayer* II 34 ff.; *Dernburg,* Pand. I § 72.
[31] ZbJV *47,* 500 f.

Hingegen ist dem Appellationshof zuzustimmen, wenn er kein Anliegerrecht als individuelles Privatrecht anerkennt. Er stützt sich in dieser Richtung sowohl auf die französische Doktrin[32] als auch auf die Judikatur des Reichsgerichtes[33]. Während jedoch das Reichsgericht subjektive Anliegerrechte öffentlichrechtlicher Natur anerkennt, bezieht der Appellationshof zu dieser Konstruktion keine Stellung. Er begnügt sich darauf hinzuweisen, daß das Reichsgericht eine Entschädigung nur zuspricht, wenn durch eine Aenderung des Weges die Kommunikation verunmöglicht bezw. wesentlich erschwert, oder Licht und Luft entzogen wird, nicht aber wegen Entzuges sonstiger Vorteile. So muß sich nach Ansicht des Reichsgerichtes der Anlieger die Umwandlung in eine Sackgasse entschädigungslos gefallen lassen. In der Expropriationspraxis des *Bundesgerichtes* auf Grund von Art. 3 BG von 1850 (BGE *20,* 66 Erw. 5; *23,* 116 Erw. 4; gl. auch Entsch. des Bundesrates in JZ 14, 125 126) wird den Anstößern *kein Sonderrecht* irgend welcher Art zugebilligt. Die besonderen Vorteile, die der Gebrauch der Straße ihnen gewährt, bewirkte wohl, daß sie ein größeres wirtschaftliches Interesse am Gemeingebrauch haben als die übrigen Mitbürger, dieses Interesse könne aber die Natur des Gemeingebrauches nicht verändern. Dem Anstößer stehe kein besseres Recht auf den Gemeingebrauch zu, als den übrigen Volksgenossen, er sei lediglich *tatsächlich* bevorzugt. Darum habe er auch keine Entschädigungsansprüche wegen Aufhebung und Veränderung, soweit nicht ein Rechtssatz diese Ersatzpflicht besonders anordnet[34]

Man kann mit dem Bundesgericht darin einig gehen, daß die sogenannten Anliegerrechte überhaupt keine subjektiven Rechte sind, weder private, noch öffentliche. Sie sind nichts anderes als eine Form des Gemeingebrauches. Die Straßen sind ja nicht bloß dazu bestimmt, dem allgemeinen

[32] *Zachariä-Crome,* Hdb. d. franz. Zivilr. I § 219.

[33] Reichsger. Entsch. in Zivils. 7, 216; 25, 442; 37, 255; 44, 287; 56, 181; 62, 88.

[34] Vgl. auch *Haab,* a. a. O. S. 165; *Fleiner,* Instit. 351/352; *Gierke,* PR II 28.

Verkehr zu dienen, sie sollen auch an angrenzenden Grundstücken und Gebäuden den Zugang, Luft und Licht vermitteln. Das stimmt auch mit der herrschenden Ansicht überein[35]. Damit ist auch gesagt, daß sich die Haftpflicht gegenüber den Anrainern nicht auf Verletzung eines subjektiven Rechtes gründen kann.

Anders liegt aber u. E. die Sache, wenn man die Anlieger zu Zwangsbeiträgen an die Kosten des Straßenbaues heranzieht. Wir haben bereits hervorgehoben, daß die Form der öffentlichen Abgabe, die man technisch als *Beitrag* bezeichnet, eine Vorzugslast betrifft, der das öffentliche Unternehmen vermögensrechtliche Sondervorteile zuführt[36]. Enzieht man dem Anlieger durch einen einseitigen Verwaltungsakt diesen Vorteil, für den er eine Aequivalenzleistung gemacht hat, so ist es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ohne weiteres einleuchtend, daß man ihn dafür zu entschädigen hat. Wir möchten daher den Standpunkt des Bundesgerichtes, das eine Entschädigung ablehnt, auf die Fälle einschränken, wo der Anlieger durch Anlegung der Straße einen unentgeltlichen Vorteil erlangt hat, der ihm sodann durch eine Verlegung oder Aufhebung der Straße wieder entzogen wird. Ist aber vom Anlieger ein besonderes Opfer gefordert worden, so verlangt das Gerechtigkeitsgefühl, daß ihm das Aequivalent hiefür nicht einseitig entzogen werde. Der betreffende Verwaltungsakt stellt sich in diesen Fällen als Eingriff in die Vermögensrechte der Anlieger dar, der nach Analogie des Art. 89 bern. Verfassung zu behandeln ist.

Der weitgehendste Eingriff in die Privatrechte im Interesse des Straßenbaues ist die bereits im StrG 1834 vorgesehene *Enteignung* (Art. 10), die Verfassungsmäßig im Art. 89 II bern. Verf. G. festgelegt und im Ausführungsgesetz vom 3. September 1868 näher geregelt ist. Das Alignementengesetz vom 15. Juli 1894 hat über die Einzelexpropriation hinaus, die sonst Großratsbeschluß erfordert (Art. 2—4 Enteig. G), eine

[35] O. *Mayer,* II 120, 135; *Ubbelohde,* Pand.-Komm. 163 ff.; *Blume* 119; *Gierke* PR 28; *Germershausen* 127.

[36] *Fleiner,* Instit. 339, Vorteilausgleichung 100.

Art Kollektivexpropriation oder Zonenexpropriation vorgesehen, die durch Delegation von Gesetzes wegen erfolgt, sobald der Fluchtlinienplan vom Regierungsrat genehmigt ist (§ 1 Align. G). Die Straßenhoheit hat sich hiemit eine eigenartige Expropriation großen Stils zu eigen gemacht. Ueberdies hat sie sich auch die Macht beigelegt, weitgehende Eigentumsbeschränkungen (Beschränkungen der Baufreiheit) durch Festlegung der Alignementpläne den Grundbesitzern aufzuerlegen und zwar meist *ohne* Entschädigungspflicht. Kompetenzen, deren verfassungsmäßige Anfechtbarkeit bereits im letzten Abschnitt (in fine) hervorgehoben worden sind.

In der Kompetenz, verbindliche *Ueberbauungspläne* aufzustellen, liegt eine der weitgehendsten Delegationen von Hoheitsrechten des Souveräns an einen Selbstverwaltungskörper. Der Baugesetzgeber macht durch diese Zuerkennung eines gar nicht eng umschriebenen Selbstgesetzgebungsrechtes die Ortsgemeinde zum Herrn über ihre eigenen städtebaulichen Angelegenheiten. Der Ueberbauungsplanleger schafft durch seinen Plan nicht nur eine neue Rechtslage, sondern das Recht selbst, durch welches die beim Städtebau im Spiele stehenden öffentlichen Interessen geschützt werden.

Die Macht der Rechtsbildung stempelt die Ueberbauungsplannormen zu hoheitsrechtlichen Willensäußerungen rechtssätzlicher, wenn auch verordnungsrechtssätzlicher Natur. Die gegenseitige Abgrenzung der beiden Arten von hoheitlichen Willensakten, Verfügung und Rechtssatz, hält oft schwer und die Schwierigkeit rührt daher, daß oft derselbe Zweck durch das eine oder das andere Mittel erreicht werden kann[37]. Zu den Zweifelsfällen gehört gerade auch die überbauungsplanliche Wahrnehmung der städtebaulichen Gemeininteressen[38]. Erwägt man, daß der Ueberbauungsplan nicht nur ein lockeres Konglomerat von Einzelbaufällen darstellt, sondern daß die planliche Normierung von dem Gedanken getragen wird, die Gesamtüberbauung allgemein verbindlich fest-

[37] *Anschütz,* Krit. Studie z. Lehre von Rechtssatz und -form. Gesetz S. 68, 155.

[38] *Baltz,* Preuss. Baupolizeirecht S. 83.

zulegen und rechtliche Wirkungen nicht nur den Grundeigentümern gegenüber zu äußern, sondern gegenüber allen Personen (z. B. Bauunternehmern usw.), so kann die rechtssätzliche Natur nicht zweifelhaft sein. Die Verfügung ordnet hingegen nur einen Einzelfall oder eine Summe konkreter Einzelfälle[39].

Die rechtssätzliche Ordnung der Städtebauverhältnisse im Vergleich zu der verfügungsweisen Ordnung aller einschlägigen Einzelfälle gibt auch eine bedeutend höhere Gewähr für die *rechtsgleiche Behandlung* aller betroffenen Rechtsunterworfenen.

B. Begründung der Wegebaulast durch Vertrag und Ablösung derselben.

Es wurde bereits vermerkt, daß der Hoheitsträger die Wegebaulast durch legislatorische und Verwaltungsakte unter die Pflichtigen verteilt. Die Wegebaulast kann aber auch durch *Vertrag* begründet werden. Unter einem Vertrage versteht man im allgemeinen ein Rechtsgeschäft, zustande kommend durch Willenseinigung und Willensbindung mehrerer Rechtssubjekte über ihre Rechte und Pflichten gegeneinander oder gegen Dritte. Der Begriff des Vertrages gehört nicht nur dem Privatrecht an, er findet sich, wie verschiedene andere Titel des Privatrechts, auch im öffentlichen Recht[40]. Der Vertrag kann Rechte begründen wie auch aufheben, er ist auch für Begründung und Endigung der Wegebaupflicht von Einfluß.

Der Begriff des öffentlichrechtlichen Vertrages ist im Verwaltungsrecht zur Zeit noch nicht völlig abgeklärt; als feststehend ist anzusehen, daß der öffentlichrechtliche Vertrag nur ausnahmsweise vorkommt und auf ausdrückliche Genehmigung des Gesetzgebers gegründet sein muß. Er wird in der Regel definiert als eine Willenseinigung und Willensbindung mehrerer Rechtssubjekte über ein auf öffentliches Recht be-

[39] *Fleiner,* 158.

[40] *Stölzel,* Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, Berlin 1901 S. 47.

[41] *Stölzel,* a. a. O.; *Goetz,* Die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1902 S. 130, 136, 140.

ruhendes, schon bestehendes Verhältnis, welches kraft ausdrücklicher, gesetzlicher Ermächtigung der vertraglichen Regelung überlassen worden ist[41].

Ein Vertrag, der geschlossen würde zwischen Personen, die in Bezug auf das vertragliche öffentlichrechtliche Verhältnis nicht als öffentlichrechtliche Verpflichtete anzusehen sind, würde ein privatrechtlicher sein und den Normen des Privatrechts unterstehen.

Das bernische Straßenbaugesetz von 1834 nimmt ausdrücklich auf Verpflichtungen, wenn nicht zum Bau, so doch zur Unterhaltung von Straßen, Wegen und Brücken Bezug, «die infolge vertragsmäßiger Bestimmungen auf physischen oder auf moralischen Personen, oder auf gewissen Gütern haften» (Art. 20). Da die Unterhaltslast neben der Anlagepflicht unter den gemeinsamen Begriff «Straßenbau» fallen (Marginale der Art. 12—24 StrG), so dürfte kaum einem Zweifel unterliegen, daß auch nach dem bernischen Recht Verträge über Anlage von Straßen möglich und zuläßig sind.

Solche Verträge über Bau- und Unterhaltspflicht gehen übrigens zum großen Teil auf historische Verhältnisse zurück, insbesondere auf die Zeit, da zu den periodischen Dienstverrichtungen und Fronden auch der Bau von Brücken und Dämmen gehörte und die Verleihung von Wegezöllen an den Landstraßen (Wegegeldgerechtigkeit) mit der Wegebaulast verbunden war[42]. Art. 21 StrG erwähnt ausdrücklich «die Unterhaltspflicht einer Straße, eines Weges, oder einer Brücke gegen eine Nutzung in Holz und Feld, oder gegen eine Zollbefreiung.»

Diese Verpflichtungen sind öffentlichrechtlicher Natur, insoweit nicht zweifellos privatrechtliche Abmachungen vorliegen. Von solchen kann nur dann gesprochen werden, wenn der Wegebaupflichtige abgesehen von der vertraglichen Bindung zur Unterhaltspflicht gesetzlich nicht verpflichtet wäre. Das StrG nimmt auch auf solche rein privatrechtliche Verträge Bezug (Art. 14, 18).

---

[42] *Diek*, Geschichte des deutschen Privatrechts § 157. 163.

Wie bei privatrechtlichen Vertragsverhältnissen neben der Aufhebung des Vertrages durch gegenseitige Uebereinstimmung auch Fälle einseitiger Vertragsaufhebung (Gestaltungsrechte)[43] vorgesehen sind, so begegnen wir auch im bernischen StrG einer solchen einseitigen Aufhebungsmöglichkeit der vertraglich begründeten Wegebaulast, sei es durch förmlichen Verzicht des Pflichtigen auf das von ihm genossene Recht, das mit der Wegebaulast korrespondiert, sei es durch *Loskauf* (Art. 21).

Die endgültige Bestimmung der Loskaufsumme nach den in Art. 22 festgelegten Grundsätzen wird dem Zivilrichter überlassen (Art. 23), was aber am öffentlichrechtlichen Charakter des Verhältnisses nichts ändert.

C. Verwaltungsjustiz auf dem Gebiete des Strassenbaues.

Zu den administrativen Machtbefugnissen, die der Begriff der Straßenhoheit in sich schließt, gehört auch die Verwaltungsjustiz, d. h. die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten.

Streitigkeiten über Wegebaulasten unterstanden ursprünglich dem Gesetze vom 20. März 1854 über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen. Dieses Gesetz wurde abgelöst durch dasjenige vom 31. Oktober 1909 betreffend die Verwaltungsrechtspflege (vgl. Art. 41 Abs. 3 dieses Gesetzes)[44].

Im Sinne des Art. 11 Ziff. 6 dieses Gesetzes werden Streitigkeiten über öffentliche Leistungen an den Staat oder an Gemeinden und die den letzteren gleichgestellten Korporationen durch das *Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz* entschieden. Als öffentliche Leistungen sind gemäß Art. 12, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt und auf die Person des Verpflichteten, alle Verpflichtungen zu betrachten, deren

[43] *v. Tuhr,* Schweiz. Obligationenrecht S. 13, 19, 27.

[44] Vgl. *Blumenstein,:* «Die Grundlagen zur Neugestaltung der bern. Verwaltungsrechtspflege» und «Die neue Ordnung der Verwaltungsrechtspflege in ihrer Bedeutung und praktischen Wirkung für das Gemeinwesen» (Monatsschrift f. bern. Verwaltungsr. VI u. XII).

Grund im öffentlichen Recht und nicht etwa in privatrechtlichen Titeln oder Gesetzesvorschriften dieser Art beruht.

Demnach kann das Verwaltungsgericht seitens eines Privaten oder einer Gemeinde, bezw. einer andern Korporation in Streitigkeiten betreffend Wegebaulasten nur angerufen werden, wenn es sich um eine öffentlichrechtliche Verpflichtung handelt. Beruht daher die Verpflichtung auf einem Vertrage, so wird von Fall zu Fall zu untersuchen sein, ob es sich um einen privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Vertrag handelt. Ein privatrechtlicher Rechtsgrund wird nach den obigen Ausführungen dann anzunehmen sein, wenn der Vertrag nicht bloß eine bereits bestehende öffentlichrechtliche Wegebaulast näher normiert, sondern eine solche Last überhaupt erst zur Entstehung bringt.

In einer Streitigkeit über den Unterhaltsbeitrag einer Gemeinde für eine Brücke, die nicht an einem öffentlichen Wege liegt, hat sich das Verwaltungsgericht als unzuständig erklärt (M. VIII 199). Hingegen wurde eine Klage, in welcher die Freiheit des Grundeigentums von Wegdienstbarkeiten öffentlichrechtlicher Natur behauptet und deren Feststellung verlangt wurde, als Verwaltungsstreitsache bewertet (M. XII 152).

Nicht vor das Verwaltungsgericht gehören Streitigkeiten über Bau und Unterhalt künstlicher Wasserleitungen, Brücken und Wasserabzüge, die wegen bestehender Zivilrechte an öffentlichen Straßen angelegt sind (Art. 9 I StrG). Ebensowenig Streitigkeiten wegen Schadenersatzansprüchen infolge Vernachlässigung der Anlage oder des Unterhaltes eines solchen Werkes (Art. 9 II, 10 StrG). Zivilsachen sind ferner Streitigkeiten wegen Leistungen für die Unterhaltung von Straßen erster, zweiter, dritter und vierter Klasse und der zum Gebrauche derselben erforderlichen Brücken und Mauerwerke, insoweit die Unterhaltungspflicht nach zivilrechtlichen Bestimmungen auf physischen oder juristischen Personen oder auf gewissen Gütern ruht (Art. 14 u. 18 StrG). Das gleiche gilt für Streitigkeiten betreffend die Höhe der Loskaufsumme (Art. 23 StrG).

Hingegen gehören Streitigkeiten über die Höhe und Art der Entrichtung der freiwilligen Beisteuer zur Anlegung einer

Straße erster, zweiter oder dritter Klasse vor das Vewaltungsgericht, da über den Antrag zu einer solchen Beisteuer durch Verwaltungsbeschluß entschieden wird (Art. 12, zweiter Satz StrG). Die Leistung erfolgt somit auf Grund dieses behördlichen Beschlusses, der einen öffentlichrechtlichen Rechtsgrund bildet.

Da das Verwaltungsgericht einzige kantonale Instanz für öffentliche Leistungen an das Gemeinwesen ist, so kann dieses Gericht angerufen werden, ohne daß zuvor der Instanzenzug der Administrativjustizbehörden erschöpft wird (Art. 11 VerwG).

Das Verfahren ist durch das Gesetz betreffend die Verwaltungsrechtspflege normierte, da keine speziellen Gesetzesbestimmungen Abweichungen anordnen (Art. 16 ff VerwG).

3. Unterstellung von Privatwegen.

Es wurde bereits ausgeführt, daß ein Weg tatsächlich hergestellt und dem öffentlichen Verkehr eingeräumt werden kann, daß aber dieser Hergang ein lediglich faktischer bleibt und nicht den Charakter einer rechtsgültigen Widmung hat. Ein öffentlicher Weg wird dadurch nicht geschaffen.

Aber auch der Beschluß des zuständigen Organes der öffentlichen Verwaltung, einen bereits vorhandenen, bisher ausschließlich Privatzwecken dienenden Weg als öffentlichen zu übernehmen, genügt noch nicht, um die Oeffentlichkeit des Weges zu begründen und ihn der Straßenhoheit zu unterstellen. Die Widmung m. a. W. ist noch keine Unterstellung. Es gehört hierzu noch der Vollzug, die tatsächliche Eröffnung für den Verkehr. Erst vom Augenblick, wo der Weg seiner öffentlichen Bestimmung übergeben wird, können die wegepolizeilichen Vorschriften und alle anderen Normen, welche die Benutzung öffentlicher Wege regeln, zur Anwendung gelangen[45].

Eine bestimmte Form ist für den Eröffnungsakt nirgends vorgeschrieben. Es genügt daher etwa eine behördliche Kund-

[45] Otto *Mayer* 85 ff; *Hawelka* 15.

machung, oder die tatsächliche Ueberlassung für den Verkehr in der Art, daß die Hindernisse, die dem Verkehr entgegenstanden, entfernt werden. Umgekehrt verliert ein von der Behörde dem Gemeingebrauch gewidmeter Weg diese Eigenschaft nicht schon dadurch, daß er vom Publikum nicht mehr benutzt wird. Er bleibt trotzdem weiter der Straßenhoheit unterstellt, bis ihn die kompetente Behörde nicht durch Erklärung der Außerdienststellung entläßt[46].

Solche öffentliche Wege, die im Privateigentum stehen, sind von Amtes wegen in das Grundbuch aufzunehmen wie andere Privatgrundstücke (Art. 944 I ZGB), was aber im Kanton Bern nicht besonders auffällt, da auch die öffentlichen Grundstücke nach Art. 126 bern. EG zum ZGB in das Grundbuch aufzunehmen sind. Hingegen hat der bernische Träger der Straßenhoheit unterlassen, eine Bestimmung darüber aufzunehmen, ob die auf einem Privatgrundstück lastende Gemeingebrauchsbestimmung auf dem Grundbuchblatt, bezw. in der Liegenschaftsbeschreibung dieses Grundstückes, anzumerken sei (Kompetenz nach Art. 962 ZGB Grundb. Vdg. Art. 80). Nach Analogie des Art. 126 EG zum ZGB wäre die Frage der Aufnahme einer solchen Bemerkung zu bejahen.

Ebensowenig wie das Privateigentum erlöschen mit der Unterstellung einer Privatstraße unter Zustimmung des Eigentümers allfällige beschränkte dingliche Rechte am betreffenden Areal. Sie werden durch die Straßenhoheit nicht zurückgedrängt. Insoweit sie daher nicht durch Vertrag oder auf dem Enteignungswege beseitigt sind (z. B. Ablösung etwaiger Pfandrechte, Wegrechte, Nutzungsrechte), drängen sie den öffentlichen Gebrauch, soweit ihre Ausübung es erfordert, zurück[47]. Sie stehen auch einer die Ausübung erschwerenden Umgestaltung der Sache (durch Erhöhung, Vertiefung, Verlegung) entgegen und bestehen weiter, auch wenn der öffentliche Gebrauch aufgehoben wird[48]. So hebt die stadtbern.

[46] *Fleiner*, Instit. 342/343.
[47] *Leemann*, N. 37 Art. 664 ZGB; N. 71 Art. 664.
[48] *Blätt.* f. zürch. Rechtspr. 4 No. 40.

Polizeivdg. vom 8. Februar 1911 besonders die «berechtigten Privatinteressen» in Bezug auf die Lauben hervor (Art. 25).

Von der Unterstellung eines Privatweges unter die Strassenhoheit streng zu unterscheiden sind sog. *Gemeindeservituten* wegrechtlichen Charakters. Das ZGB eröffnet nämlich die Möglichkeit, Dienstbarkeitsrechte verschiedensten Inhaltes an Privatgrundstücken zugunsten einer «beliebigen Gemeinschaft» zu schaffen, die, wenn sie wegrechtlichen Charakters sind, mit dem Gemeingebrauch *inhaltlich* vollständig übereinstimmen (Art. 781 ZGB)[49]. Diese Möglichkeit entspricht dem Standpunkte des ZGB, nach welchem Privateigentum und öffentlicher Gebrauch an einem Grundstück vereinbar sind, ein Standpunkt, den ja auch der bernische Hoheitsträger seit jeher vertreten hat.

Durch die genannte Bestimmung des ZGB ist ein Mittel geboten, eine Wegberechtigung zugunsten eines wechselnden Personenkreises zu errichten, deren Ausübung durch den Bestellungsvertrag oder durch die Gemeinde- oder Körperschaftssatzung geordnet, als reines Mitgliedschaftsrecht oder als mitgliedschaftliches Sonderrecht ausgestaltet werden kann[50]. Destinatär ist in diesem Falle das Publikum, während die Gemeinde oder die Korporation als juristische Person das berechtigte Subjekt darstellen, als solches den Vertrag schliessen und im Grundbuch eingetragen sind (RGE 44, 145; 61, 342). In der Weise kann sich z. B. eine Gemeinde einen Kirch- oder Schulweg sichern, ein Schlittwegrecht für Mitglieder einer Holzkorporation usw.

Ein derart begründetes öffentliches Gebrauchsrecht ist trotz inhaltlicher Identität rechtlich vom Gemeingebrauch verschieden. Es handelt sich auch nicht um einen abgeschwächten Gemeingebrauch, sondern um eine *privatrechtliche Dienstbarkeit*[51]. Sie unterliegt den allgemeinen Regeln über die Rangordnung der dinglichen Rechte. Ueber ihren Inhalt und

[49] J Z 10, 232.
[50] *Gierke*, 657.
[51] *Leemann* N. 23 Art. 781.

Bestand entscheiden die Zivilgerichte (BGE 17, 768). Sie ist somit kein Objekt der Straßenhoheit.

Fraglich könnte sein, ob der Straßenhoheit *Feld- und Alpwege* unterliegen, die durch behördlich autorisierte Genossenschaften angelegt und unterhalten werden. Gemäß Art. 87 bern. EG zum ZGB können sich zum Zwecke von *Bodenverbesserungen,* insbesondere auch durch *Weganlagen* die beteiligten Grundbesitzer zu einer Flurgenossenschaft vereinigen. Wenn die Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des beteiligten Bodens gehört, der Bildung einer solchen Flurgenossenschaft zustimmt, so sind die übrigen Beteiligten zum Beitritt verpflichtet. Durch regierungsrätliche Genehmigung der Statuten, des Planes (in unserem Fall des Weganlageplanes) und Kostenvoranschlages erhält die Flurgenossenschaft nicht nur das Persönlichkeitsrecht, sondern auch die Autorisation zu Zwangsenteignungen und zur Erzwingung von Beiträgen (Art. 93 EG). Ist der Wegbau vollendet, so hat der Regierungsrat seine Sanktion zu erteilen (Art. 98).

Bei Weggenossenschaften wird nun die Genehmigung des Reglementes über Unterhalt und Benutzung des neu erbauten Weges erteilt nicht nur gestützt auf das zitierte Einführungsgesetz, sondern auch unter Bezugnahme auf das Straßenpolizeigesetz und seine Vollziehungsverordnung. So lautet beispielsweise die Genehmigungsklausel des Reglementes der Alpweggenossenschaft Kiental-Cornergrund: «Kanton Bern. Sitzung des Regierungsrates vom 27. April 1920. Bodenverbesserung. Auf den Antrag der Landwirtschaftsdirektion wird beschlossen: Dem Reglement über Unterhalt und Benutzung des neu erbauten Alpweges Kiental-Cornergrund ... wird gestützt auf Art. 87 ff. des Gesetzes vom 28. Mai 1911 über die Einführung des Schweiz. ZGB, sowie auf Grund von Art. 2 und 13 des Gesetzes vom 10. Juni 1906 über die Straßenpolizei und §§ 2 und 7 der Vollziehungsverordnung zum Straßenpolizeigesetz die Genehmigung erteilt.»

Der angerufene Art. 2 StrPG handelt von der Benutzung «öffentlicher Straßen und Wege» zu Verkehrszwecken, auch Art. 13 dieses Gesetzes bezieht sich auf öffentliche Straßen

und Wege, nicht weniger wie die angerufenen §§ 2 und 7 VV. Darnach wäre die Genehmigung des Reglements gleichbedeutend mit einer Unterstellung des genannten Alpweges unter die bernische Straßenhoheit.

Trotz dieser behördlichen Oeffentlicherklärung liegt jedoch kaum eine Unterstellung des genannten Weges unter die Straßenhoheit vor. Der Regierungsrat selbst hat mittelbar dieser Ansicht Ausdruck geliehen, indem er in der Folge (1928) ein Subventionsgesuch der Alpweggenossenschaft mit der Begründung abgewiesen hat, der Weg weise nicht die genügende Breite von Straßen IV. Klasse auf. Dies trotzdem der Art. 2 des genehmigten Reglementes erklärt: «Diese Weganlage qualifiziert sich als Straße IV. Klasse im Sinne des Gesetzes vom 21. März 1834.»

Sollte man selbst dieses Argument nicht als durchschlagend erachten, weil es ja auch klassenlose öffentliche Wege gibt, so belehrt ein Blick auf den Inhalt des genannten Reglements, daß von einer solchen Unterstellung nicht die Rede sein kann. Die Organe, denen die Handhabung jener Verrichtungen obliegt, die bei öffentlichen Straßen den Polizeiorganen des Staates oder der Gemeinde zufallen (Art. 5 StrPG), sind nach dem Reglement die Wegkommission der Genossenschaft und der Vorstand, sowie der Wegmeister der Genossenschaft (Art. 8 ff. Regl.).

Wenn auch streitig ist, ob die Genossenschaften, die auf Grund des Art. 703 ZGB gebildet werden, öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur seien[52] und auch Art. 87 al. 4 EG, der bestimmt, daß Streitigkeiten vom Regierungsstatthalter entschieden werden, keinen genügenden Anhaltspunkt hierfür gibt, so sind solche Genossenschaften jedenfalls keine Gemeinden im Sinne des Gemeindegesetzes vom 9. Dez. 1917 und somit ihre Organe auch keine Polizeiorgane der Gemeinde im Sinne des Art. 15 StrPG.

Entscheidend ist des weitern für den privaten Charakter des Weges, daß die Bußen in die Genossenschaftskasse fallen (Art. 8).

---

[52] *Leemann,* N. 14 Art. 703 ZGB; Bl. f. zürch. Rechtsspr. 15 No. 31.

Die Genehmigung des Reglementes durch den Regierungsrat ist lediglich aus dem Grunde gefordert, weil einer Weggenossenschaft im Interesse der Bodenverbesserung die Befugnis zur Erzwingung des Beitritts nicht zustimmender Grundeigentümer und zur Auferlegung von Beitragspflichten erteilt wird (Art. 93 EG zum ZGB). Auch die Befugnis Nichtmitgliedern Bußen aufzuerlegen ist eine Delegation polizeilicher Kompetenzen, die gleichfalls durch die Sanktion des Reglements im behandelten Falle erfolgt ist[53].

Diese Wirkungen der Genehmigung sind jedenfalls mit der Unterstellung eines Privatweges unter die Straßenhoheit nicht identisch.

Die hier erörterten Möglichkeiten dem allgemeinen Verkehr dienender Straßen nicht öffentlichrechtlichen Charakters erlangen in neuester Zeit praktische Bedeutsamkeit angesichts der Projekte großzügiger *Autostraßen*, die ausschließlich dem Automobilverkehr, insbesondere dem Fernverkehr dienen sollen[54]. Solche mit sehr großem Kostenaufwand herzustellende und zu unterhaltende Straßen erfordern Kapitalien, die bei der heutigen Wirtschaftslage weder dem Staate noch den Gemeinden zugemutet werden können. Dies umsoweniger, als es sich auf diesem Gebiete zunächst um Pionierarbeit handelt und man noch über keinerlei Erfahrungen darüber verfügt, wie weit sie sich in der Praxis bewähren dürften.

Die großen Anlegungs- und Unterhaltungskosten würden übrigens auch besondere Abgaben der Benützer für den Gebrauch der Straße fordern, deren Verfassungsrechtliche Zulässigkeit, wie bereits oben dargelegt wurde (2. Kapitel I. 3), zumindest zweifelhaft erscheint.

Darum sind auch die Autospezialstraßen als *Privatstraßen* in Aussicht genommen. Dem Privatunternehmen ist die Erhebung von Gebühren für Benützung seiner Anstalt naturgemäß unverwehrt. Die ersten Straßen dieser Art wurden in Italien gebaut und zwar bisher in einer Gesamtlänge

---

[53] Näheres darüber unter II. 3 hernach.

[54] Man nennt sie auch mit einem barbarisch anmutenden Wort: «Nur-Autostraßen».

von nur 85 Kilometer (Mailand Gallarete Varese, Gallarete - Vergiate, Lainate—Como, Callarete—Varese[55]. Die Finanzierung erfolgte durch eine Privatgesellschaft. Für jede einzelne Fahrt werden Abgaben erhoben, indem Fahrkarten gelöst werden wie auf der Eisenbahn. Im gleichen Sinne wird gegenwärtig an der Verwirklichung des sogenannten Hafrabam- (Hansa-Frankfurt-Basel-Mailand) Projektes gearbeitet, das die Anlegung einer Spezialautostraße Hamburg-Basel vorsieht mit Fortsetzung durch die Schweiz nach Genua.

Mit Rücksicht darauf, daß Privatstraßen sehr leicht künftigen Alignementsplänen, besonders in größeren Städten, Schwierigkeiten entgegenstellen könnten, bestimmt das Alignementengesetz vom 15. Januar 1894, daß die Gemeinden die Befugnis erhalten, besondere Bestimmungen über die Bedingungen aufzustellen, unter welchen Privatstraßen errichtet werden dürfen und unter welchen diese von der Gemeinde übernommen werden (§ 18 Ziff. 2 Align. G).

Auch mit dieser Bestimmung schneidet der Träger der bernischen Straßenhoheit tief in die Privatrechtssphäre ein. Allein dieser Eingriff im Interesse der Baupolizei und des Straßenwesens ist bundesrechtlich ausdrücklich als zulässig erklärt. Art. 702 ZGB bestimmt diesbezüglich: «Dem Bunde, den Kantonen und den Gemeinden bleibt es vorbehalten, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen . . .» und erwähnt unter anderem ausdrücklich auch die Bau- und Straßenpolizei.

II. Unterstellung unter die Verwaltung.

In die Verwaltung des Straßenwesens teilen sich der Grosse Rat, die Regierungsbehörden und die Gemeinden.

Dem *Großen Rat* obliegt es, über den Bau von neuen Straßen I.—III. Klasse Beschluß zu fassen (Art. 5 StrG), Bewilligungen für die Anlage von Eisenbahnen auf Straßengebiet zu erteilen (Art. 3 StrPolG), die Gemeinden zu verpflichten, ihre Straßen und öffentlichen Wege zur Errichtung

[55] Leipz. Verkehr u. Verkehrspolitik, Schrift 4 (1927) S. 16.

von Anlagen oder zu speziellen Verkehrszwecken zur Verfügung zu stellen. Er hat auch die Oberaufsicht über die gesamte Straßenverwaltung.

Dem *Regierungsrat* obliegt es, Bewilligungen für die Anlage von Straßenbahnen zu erteilen (Art. 3 StrPolG), provisorische Verfügungen zu treffen, welche die Gemeinden verpflichten, ihre Straßen und öffentlichen Wege zur Errichtung von Anlagen oder zu speziellen Verkehrszwecken zur Verfügung zu stellen (Art. 4 StrPolG), Abweichungen von der Baulinie nach Art. 6 StrPolG zu gestatten, sowie die Benutzung von alten Fundamenten, die über diese Linie hinausragen. Er genehmigt die Alignementspläne der Gemeinden (§§ 7 u. 18 Alg).

Die *kantonale Baudirektion* übt die Oberaufsicht über die gesamte Straßenpolizei aus (Art. 15 StrPolG), sie erteilt Bewilligungen für Anlagen an Staatsstraßen, die nicht einem der bereits genannten Organe vorbehalten sind (Art. 3 StrPolG). Sie besorgt die Anlegung und den Unterhalt der Staatsstraßen.

Der *Regierungsstatthalter* als Polizeiorgan im Amtsbezirk hat gewisse straßenpolizeiliche Hilfsfunktionen. Ihm werden die Straffälligen von der Straßen-Ortspolizeibehörde zu Handen des Richters überwiesen, wenn sie sich der ausgesprochenen Buße nicht unterziehen (Art. 15 StrPolGes).

Die *Gemeinden* beschließen den Bau von Straßen IV. Klasse (Art. 5 StrG), besorgen die Anlegung und den Unterhalt derselben (Art. 12 u. 18 StrG), stellen die Alignementspläne auf (§ 1 AlignG), führen Expropriationen durch (§ 11 Alg), erteilen Bewilligungen für Anlagen auf dem ihnen unterstellten Straßengebiet (Art. 3 Ziff. 2) und üben die Straßenpolizei aus (Art. 15 StrPolG).

Mit der Unterstellung der öffentlichen Wege unter die Hoheit des Kantons ist auch die Unterstellung unter die Verwaltungshoheit gegeben. Sie umfaßt Unterhaltung, Benutzung und die Funktionen der Straßenpolizei.

1. Unterhalt.

Die Unterhaltungspflicht geht bei den öffentlichen Wegen in der Regel Hand in Hand mit der Baulast. Unter der Wegunterhaltung versteht man die Erhaltung eines Weges und seines Zubehörs in einem ordnungsmässigen, dem Verkehrsbedürfnis und der Verkehrssicherheit entsprechenden Zustande. Es gehört dazu auch Erneuerung, Verbesserung und Umbau[56]. Insoweit der Hoheitsträger selbst die Unterhaltungslast trägt, bestimmt er im Prinzip die Grenzen seiner Pflicht. Allerdings hat sich aber im modernen Rechtsstaat der Hoheitsträger selbst unter das Gesetz gestellt. Er hat somit die gesetzlich auferlegten Pflichten zu erfüllen, und die Aufsichtsorgane der Gemeinden, denen der Hoheitsträger seine polizeilichen Befugnisse delegiert hat, haben ihm gegenüber als Unterhaltspflichtigem die gleichen Aufgaben, wie gegenüber einem privaten Wegelastpflichtigen.

Es ist nicht nur denkbar, sondern praktisch leicht möglich, daß Gemeinden oder Private wegen Vernachlässigung der Straßenunterhaltspflicht gegen den Staat Entschädigungsansprüche erheben (Art. 58 OR), wenn auch ein exekutiver Zwang zur Naturalerfüllung dieser Pflicht seitens eines Privaten oder einer Gemeinde gegen den Kanton nicht gegeben ist. Aber ein solcher Erfüllungszwang kann auch, wie dargelegt wurde (2. Kapitel I. 2), seitens des Bundes gegen den kantonalen Hoheitsträger geübt werden, wenn es sich um eine Straße handelt, die dem Oberaufsichtsrecht des Bundes untersteht.

Parallel der Anlegungspflicht hat der bernische Hoheitsträger sich selbst den Unterhalt der Straßen erster, zweiter und dritter Klasse auferlegt (Art. 14 StrG) mit Ausnahme des Straßenbelages (Art. 15), hingegen den Aufwand für den Unterhalt der Straßen IV. Klasse den Gemeinden überbunden, sofern diese Pflicht nicht «nach zivilrechtlicher Bestimmung auf physischen oder moralischen Personen oder auf gewissen Gütern hafte» (Art. 18 StrG). Mit Gesetz vom 20. November 1892 hat übrigens der Staat eine Beteiligung auch am

[56] *Just* 39 f.

Unterhalt wichtiger Straßen IV. Klasse übernommen, um die Gemeinden zu entlasten.

Diese Bestimmungen sind insofern unvollkommen, als über den Unterhalt der «übrigen öffentlichen Wege, die in keine dieser Klassen fallen» (Art. 3 letzt. Satz StrG), keine Bestimmung getroffen ist. Bei diesen wird also von Fall zu Fall entschieden werden müssen, wer aus öffentlichem oder privatem Titel zum Unterhalte verpflichtet ist (vgl. auch Ges. vom 20. März 1854 über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen).

Die bernischen Straßengesetze kennen keinen Fall, wo ein Privater Träger dieser öffentlichrechtlichen Unterhaltspflicht ist. Das ist selbst bei jenen Straßen IV. Klasse nicht der Fall, welche von Grundeigentümern «innerhalb ihrer Marchen» (Art. 12) gebaut wurden. Sie haben zwar den Aufwand für die Errichtung des Weges zu tragen (Art. 12 II), nicht aber den Unterhalt. Art. 18 StrG kennt in Bezug auf Private nur auf privatrechtlichen Verpflichtungen beruhende Unterhaltspflichten. Selbst wenn die Grundeigentümer *vertraglich* die Unterhaltungspflicht auf sich nehmen würden, so wäre ein solcher Vertrag mit dem Hoheitsträger ein rein privatrechtlicher. Von einem öffentlichrechtlichen Vertrag kann nach herrschender Ansicht nur dann gesprochen werden, wenn die Willenseinigung in einem Rahmen erfolgt, der vom Gesetz vorgezeichnet ist über ein den Parteien unabhängig vom Vertrage schon an sich obliegendes, öffentlichrechtliches Verhältnis. Der Vertragsinhalt muß völlig oder doch teilweise durch öffentliche Rechtsnormen festgelegt sein[57].

Oeffentlichrechtlich wäre somit der Vertrag, wenn die beteiligten Grundbesitzer schon gesetzlich unterhaltspflichtig wären und diese Pflicht durch den Vertrag nur näher umschrieben wäre. Im obigen Falle ist der Vertrag jedoch privatrechtlicher Natur, weil diese Voraussetzung nicht zutrifft. Das Hoheitsrecht kommt in einem solchen Falle nicht zur Aeus-

[57] *Stölzel,* Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preussen, Berlin 1901, S. 47; *Hoffmann* 28.

serung. Bestand und Tragweite der Wegunterhaltungspflicht bestimmt hier im Streitfalle der Richter.

Privatrechtlicher Natur ist ferner die Unterhaltspflicht von Weggenossenschaften bezüglich der von ihnen erstellten Privatwege gegenüber der Behörde, die ihre Reglemente genehmigt und sanktioniert. Auch hier kann im Sinne obiger Ausführungen keine öffentlichrechtliche Vereinbarung angenommen werden, da solchen Korporationen nicht öffentlichrechtliche Pflichten zur Anlegung und Unterhaltung von Straßen obliegen. Im übrigen handelt es sich hier um *Privatstraßen,* die der Straßenhoheit überhaupt nicht unterstehen. Die Genehmigung wurde denn auch in dem oben angeführten Fall nicht auf Antrag der Straßenaufsichtsbehörde (kantonale Baudirektion) erteilt, sondern auf einen solchen der Landwirtschaftsdirektion.

Hingegen sind öffentlichrechtlicher Natur die Verpflichtungen der Straßenanlieger zur Trottoirreinigung, Schneeabschaufelung und anderes mehr.

Die Straßenhoheit äußert sich somit auf dem Gebiete des Straßenunterhalts hauptsächlich gegenüber Gemeinden in Bezug auf den Unterhalt von Wegen IV. Klasse sowie III. Klasse (Art. 15, 18 StrG). Da die Unterhaltspflicht in Bezug auf ihren Umfang nicht gesetzlich umschrieben ist, ist der Hoheitsträger befugt, jede ihm nötig scheinende Bauweise und Belagsart, z. B. Bekiesung, Beschotterung, Teerung, Pflästerung, Asphaltierung usw. zu fordern, wobei die ursprüngliche Anlage eines Weges oder die bisherige Art der Unterhaltung für die Forderung der Wegepolizeibehörde irrelevant ist. Ihre Anordnungen gelten lediglich für die derzeitige Verkehrslage, die Anforderungen steigern sich mit dem Anwachsen des Verkehrs, wie sie auch mit Rückgang des Verkehrs wesentlich eingeschränkt oder gänzlich aufgehoben werden können.

Die ursprünglich getroffene Klasseneinteilung hatte ihre Bedeutung insofern eingebüßt, als seit Erstellung der Eisenbahnen manche Straßen I. Klasse in Bezug auf Frequenz und Wichtigkeit weit hinter denjenigen der II. und III. Klasse zurückstanden. Der wirkliche Klassenunterschied besteht nur

noch zwischen Staatsstraßen und Gemeindestraßen und zwar namentlich in Bezug auf Bestreitung der Unterhaltskosten.

Zur Unterhaltslast gehört auch die im Interesse des Verkehrs notwendige Verbreiterung der Weganlage, was in Art. 7 StrG ausdrücklich hervorgehoben ist. Es gehören dazu ferner alle Maßnahmen, die auf eine Entwässerung und Trockenlegung des öffentlichen Weges gerichtet sind, insbesondere durch Anlegung von Gräben, Röhren usw. Der Hoheitsträger kann aber vom Unterhaltspflichtigen nur die Ableitung der Feuchtigkeitsmassen fordern, welche die Weganlage schädigen können, nicht Maßnahmen zu treffen für die Abflüsse benachbarter Grundstücke. Wohl aber können die Anlieger das private Recht erworben haben, Abwässer in die Wegegräben zu leiten, auch kann dies polizeilich geordnet sein[58].

Vom Wegeunterhaltspflichtigen können auch die für die *Sicherheit* des Verkehrs geforderten Einrichtungen verlangt werden, wie schützende Steinreihen, Pfähle und Baumpflanzungen[59]. Er hat gegen die den öffentlichen Verkehr gefährdenden Einrichtungen benachbarter Grundstücke einzuschreiten. Zu seinen Aufgaben gehört es aber auch, einen drohenden Bergrutsch durch entsprechende Einrichtungen abzuhalten, eine Gefährdung des öffentlichen Weges infolge Abbruchs durch Wasser mittelst Sicherung des schadhaften Bollwerks oder Herstellung von Uferschutzwerken usw. abzustellen, gleichgültig ob die Eingriffe des Unterhaltspflichtigen innerhalb oder außerhalb der Grenzen des öffentlichen Weges erfolgen müssen (Art. 8 Gesetz vom 20. November 1892)[60].

Die unterhaltspflichtige Gemeinde kann jedoch die Herstellung eines Uferschutzwerkes ausschließlich aus eigenen Fonden ablehnen, wenn der angrenzende Fluß ein öffentlicher ist. Der Begiff der Oeffentlichkeit eines Flusses ist nach bernischem Recht ein verschiedener, je nachdem, welche Interessen in Frage kommen. «Mit Bezug auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte gelten als öffentliche Gewässer alle Seen,

[58] *Germershausen* I 42.
[59] *Germershausen* I 68.
[60] *Just* 23 f.

Flüsse und Bäche, woran nicht Privatrechte nachgewiesen sind» (Art. 2 Gesetz betreff die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 26. Mai 1907). Mit Bezug auf Unterhalt und Korrektion hingegen gilt noch immer das Gesetz vom 3. April 1857, nach welchem nur Gewässer, welche zur Schiffahrt oder Flößerei benutzt werden, öffentliche Sachen sind[61]. Die Pflicht zur Uferversicherung und zum Schutze gegen Ueberschwemmung lastet bei diesen Gewässern auf dem beteiligten Eigentum. Dienen die Bauten auch der Abwendung gemeiner Gefahren, so kann ein Teil der Last auf die Gemeinden des ganzen beteiligten Bezirks verlegt werden (§ 12 des Gesetzes vom 3. April 1857).

Es kann nicht Aufgabe dieser Studie sein, die Wasserrechtsverhältnisse eingehend zu erörtern. Wir müssen uns mit diesen Hinweisen genügen lassen, welche die Grenzen der Forderungen des Hoheitsträgers an den Wegeunterhaltspflichtigen abstecken.

Eine besondere Stelle nimmt das *Zubehör* am öffentlichen Wege ein. Darunter versteht man alle zur Vollständigkeit, zum Schutz und zur Sicherheit der Wegeanlage und ihrer Benutzung nötigen Anstalten und Vorrichtungen. Dazu gehören Brücken, Gräben, Böschungen, Baumpflanzungen, Schutzgeländer, Wegweiser, Warnungstafeln usw. In Bezug auf Brücken sind nicht nur solche über Privatflüsse als integrierenden Bestandteil des Weges zu betrachten, die der öffentlichen Wegbaulast unterliegen, sondern auch Brücken über öffentliche Flüsse. Diese werden wohl nach feststehender verwaltungsrechtlicher Lehre als selbständige Verkehrsanstalten angesehen, deren Unterhaltslast in der Regel demjenigen obliegt, der die Nutzung des Flusses daselbst hat, also meistens dem Staate als Fiskus[62]. Da jedoch Art. 2 und 14 StrG in dieser Richtung keine Unterscheidung machen, so dürfen nach dem bernischen Recht beide Fälle gleich behandelt werden.

---

[61] Vgl. über das Verhältnis beider Gesetze *Vollmar,* Bern. Rechtsbuch VI 795 und die dort zitierte Literatur.

[62] *Germershausen* I 301 und die dort angegebene Literatur.

Schließlich kann der Hoheitsträger vom Unterhaltspflichtigen auch die Beseitigung von Verkehrshindernissen fordern, ob sie durch Naturereignisse oder menschliches Tun bezw. Unterlassen herbeigeführt wurden. Dazu gehört die Oeffnung der Fahrbahn durch Beseitigung von Schnee, Entfernen von Erd- und Schlammhaufen (Art. 4 und 8 Gesetz vom 20. Nov. 1892). Hingegen ist die polizeimäßige Beleuchtung nicht hieher zu rechnen.

Jedenfalls geht aus dieser kurzen Darlegung hervor, daß der Hoheitsträger dem Wegelastpflichtigen Auflagen von erheblicher Bedeutung machen kann. Im Sinne der Ausführungen unter I. 2. dieses Kapitels über den Unterschied zwischen der Betreibung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Forderungen wird auch hier die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der einzelnen Gemeinden besonders berücksichtigt werden müssen. Es wurde ja auch bereits auf das Gesetz vom 20. November 1892 betreffend die Beteiligung des Staates am Unterhalt von Straßen IV. Klasse hingewiesen, das aus den gleichen Erwägungen heraus entstanden ist «in Betrachtung, daß der Unterhalt einer Anzahl von wichtigeren Straßen vierter Klasse die betreffenden Gemeinden unverhältnismäßig schwer belastet» (Eingangspassus des Gesetzes).

Daß die Versäumung der Unterhaltspflicht in Bezug auf öffentliche Straßen auch zivilrechtliche Folgen haben kann, wurde bereits eingangs dieses Abschnittes angedeutet. Es ist die Haftung des Werkeigentümers nach OR Art. 58, die auch Anwendung findet auf den Eigentümer öffentlicher Straßen für den Schaden infolge mangelhaften Unterhaltes einer solchen Straße, Brücke usw. (BGE 8, 362; 9, 588; 16, 812; 26 II 837; 32 II 186; Praxis 7 No. 91; Bl. f. zürch. R. 7 No. 121). Ist der Eigentümer der öffentlichen Straße ein Privater und trifft die Unterhaltspflicht den Staat oder die Gemeinde, so wird der zum Schadenersatz verurteilte Private gegen den Unterhaltspflichtigen Rückgriff nehmen können.

2. Benutzung.

a) Gemeingebrauch.

Da die öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Gebietskantons stehen, stellt das kantonale Recht auch über «die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Straßen und Plätze ... die erforderlichen Bestimmungen auf» (Art. 664 II ZGB). Ueber die Benutzung der öffentlichen Straßen befindet somit der kantonale Träger der Straßenhoheit.

Die eigentliche Zweckbestimmung der öffentlichen Straße stellt der *Gemeingebrauch* dar. Er ist eine rechtliche Eigenschaft der Objeckte, die jeder, der im Staatsgebiet zugelassen ist, für seine individuellen Zwecke benutzen darf, soweit dies ohne Beeinträchtigung anderer geschehen kann. Streitig ist, ob der Anspruch auf Zulassung zum Gemeingebrauch ein *Individualrecht* darstelle, was auf die Stellung des einzelnen Berechtigten zum Hoheitsträger naturgemäß von bestimmendem Einfluß ist.

Daß es sich nicht um ein zivilrechtliches Verhältnis[63] handelt, sondern um ein solches des öffentlichen Rechts, hat die neuere Doktrin fast durchwegs anerkannt[64]. Der Streit geht aber weiter über die Natur dieses Rechts, indem ein Teil der Staatsrechtslehrer den Gemeingebrauch als Gegenstand eines subjektiven Rechts anerkennt,[64] während einanderer[65] dieses negiert. Gegen die Konstruktion eines subjektiven Rechts sprechen jedoch gewichtige Bedenken. Wollte man das Recht auf Gemeingebrauch als Ausfluß der Zugehörigkeit zu einer öffentlichrechtlichen Korporation auffassen, dann müßte man für die Gemeindewege behaupten, daß sie nur den Gemeindeangehörigen zum Gebrauch eröffnet sind. Bei Straßen, die event. einem Bezirk zugehören, versagt die Konstruktion vollständig, da es eine rechtliche Zugehörigkeit von Personen zu

[63] So *Regelsberger,* Pand. I 421; *Becker,* Pand. I 341; Jhering, Geist d. röm. R. I 211, III 348.

[64] *Gierke,* Das PR II 24, 25; *Randa,* Eigentum 45 ff; Jellinek, Syst. d. subj. öffentl. R. 74, 75; *Hatschek* 474.

[65] *Fleiner,* Instit. 301; Otto *Mayer* I 106; *Hawelka* 90 ff.

einem Bezirk gar nicht gibt. Man hat denn auch versucht, das Publikum (Jhering), ja die «Menschengesellschaft» als das eigentliche Rechtssubjekt hinzustellen. Doch kann das Publikum oder die Menschengesellschaft mangels rechtlicher Organisation kein Rechtssubjekt darstellen. Man stößt somit bei der Konstruktion eines subjektiven Rechts auf die kaum überwindliche Schwierigkeit die zugehörigen Rechtssubjekte zu finden.

Es stehen aber auch dem Hoheitsträger nicht bestimmte Personen, sondern die Allgemeinheit als berechtigt gegenüber. Es kann sich daher nur um eine allgemeine Befugnis handeln, die aus der öffentlichen Zweckbestimmung der Sache hervorgeht und jedem zusteht, der im Staatsgebiete zugelassen ist[66]. Es kommt hinzu, daß der Gemeingebrauch nicht auf den Gebrauch bestimmter Grundstücke geht, sondern daß er sich immer auf die *jeweils* bestehenden öffentlichen Straßen bezieht. Er ist daher nichts anderes als der auf ein konkretes Objekt gerichtete allgemeine Anspruch der Gebietsangehörigen, zur Benutzung der Straßen zugelassen zu werden und deren Eigenschaften im individuellen Interesse gebrauchen zu dürfen.

Jedenfalls liegt im Gemeingebrauch ein rechtliches Interesse jedes im Staatsgebiete Zugelassenen vor, das auch gesetzlich gewährleistet ist in der Norm des Straßenpolizeigesetzes: «Die Benützung der öffentlichen Straßen und Wege zu Verkehrszwecken in einer die öffentlichen Interessen nicht schädigenden Weise ist jedermann gestattet» (Art. 2). Durch diese Bestimmung, die den Hoheitsträger bindet, ist das Recht des Einzelnen auf den Gemeingebrauch geschützt, trotzdem es kein Individualrecht ist. Gegen Störungen und Beeinträchtigungen des Gemeingebrauches seitens der die Straßenhoheit ausübenden Behörden stehen dem Einzelnen die allgemeinen Rechtsschutzmittel zu Gebote. Allerdings fehlt der verfassungsrechtliche Schutz, der eine Jurisdiktion des Bundesgerichtes zuließe. Doch kann bundesgerichtliche Ueberprüfung sehr wohl in Frage kommen, wenn etwa Art. 4 BV (Rechts-

[66] *Fleiner,* 349; *Iten,* Das Wasserrecht, Zürch. Diss. 1914 82/83 und dort zitierte Literatur, aber auch *Praxis* 6 S. 222.

gleichheit) verletzt werden sollte. Die ordentlichen Gerichte sind zur Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Gemeingebrauchsrecht nicht kompetent. Doch ist eine privatrechtliche Schadenersatzklage denkbar seitens eines Beeinträchtigten gegen den schuldhaft störenden Dritten nach OR 41 ff.[67].

Der Gemeingebrauch als bloße allgemeine Befugnis steht hinter allen Individualrechten zurück. Er darf somit nur insoweit ausegübt werden, als dies ohne Verletzung eines Rechts geschehen kann. Ein solches Recht kann beispielsweise eine öffentliche Konzession sein, die in der Folge behandelt werden soll, aber auch ein Privatrecht. Im Zweifel ist jedoch von der Freiheit des Gemeingebrauches auszugehen, so daß einschränkende Rechte Einzelner in ihrem Bestand und Umfang nachgewiesen werden müssen (BGE 18, 981/82).

Auch über *Inhalt und Umfang* des Gemeingebrauches bestimmt nach ZGB 664 III der kantonale Hoheitsträger. Gemäß Art. 2 StrPG ist die Benutzung der öffentlichen Straßen und Wege «zu Verkehrszwecken» gestattet. «Auf den neben der Fahrbahn angelegten Fußpfaden (Trottoirs) ist das Reiten, das Fahren mit Fahrrädern und Fuhrwerken aller Art, sowie das Treiben von Vieh verboten» (Art. 2 III). Allein es leuchtet ohne weiteres ein, daß die öffentlichen Straßen und Wege nicht nur «zu Verkehrszwecken» gebraucht werden. Sowohl in der größeren Stadt als noch vielmehr in der Landstadt und auf dem Dorfe spielt sich ein guter Teil des Geschäfts- und geselligen Lebens auf der Straße ab[68]. Gemäß stadtbern. Polizeivdg. vom 8. Februar 1911 ist beispielsweise den Holzhauern die Ausübung ihres Gewerbes auf den Straßen gestattet (Art. 21 II). Auch die mannigfachen, zum Teil bereits berührten (I. 2. dieses Kapitels) Nutzungen, die der Anrainer von der öffentlichen Straße zieht, wie Ausgang der Tore auf dieselbe, der Fenster, Balkons, Wasserabläufe, sind, wie noch weiter ausgeführt werden wird, Akte des Gemeingebrauches und doch nicht Verkehrsakte.

Die Umschreibung des Art. 2. 1. ist daher keineswegs er-

[67] *Fleiner,* 350/351; Mot. z. BGB II 764 ff.
[68] O. *Mayer,* II 119; *Schelcher,* Der öffentl. Weg 90.

schöpfend. Hingegen sind die negativen Bestimmungen dieses Artikels von Maßgabe und zwar die allgemeine Beschränkung der Benutzung auf eine «die öffentlichen Interessen nicht schädigende Weise» und der besondere Zweck des Trottoirs. Der Gemeingebrauch ist denn auch bei jeder Kategorie öffentlicher Sachen verschieden und der Hoheitsträger kann durch ausdrückliche einschränkende Bestimmungen, die aber Gemeingültigkeitscharakter haben und gesetzlich festgelegt sein müssen, die *Grenzen des Gemeingebrauchs* bezeichnen[69]. Es ist dies umsomehr geboten, als in Doktrin und Praxis gerade die Grenzen des Gemeingebrauches sehr streitig sind und der Hoheitsträger in einzelnen Fällen leicht mit seinen eigenen Verwaltungsjustizbehörden in Konflikt kommen kann.

In dieser Richtung hat der bernische Hoheitsträger nicht nur durch das StrPG und dessen Vollziehungsverordnung für den Gemeingebrauch strenge Abgrenzungen und Verbote geschaffen, sondern den Gemeinden auch noch Kompetenzen delegiert, die sogar über gewisse Bestimmungen des Straßenpolizeigesetzes hinausgehen, so daß die Gemeinden für ihr Gebiet noch weitere Beschränkungen aufstellen können (Art. 13 StrPG).

Davon hat unter anderen der Gemeinderat der Stadt Bern durch die Polizeiverordnung vom 8. Februar 1911 ausgiebigen Gebrauch gemacht.

Aber auch ohne gesetzliche Beschränkungen kann schon die Widmung des Weges insofern für den Umfang des Gemeingebrauches bedeutungsvoll sein, als sie selbst — mittelbar oder unmittelbar — jene Benutzungsarten bezeichnen kann, denen der Weg verschlossen bleiben soll. So bleibt der Gemeingebrauch unter dem Normalmaß bei den sogen. beschränkt öffentlichen Wegen, die bestimmungsgemäß entweder nur zu einem bestimmten Zweck (Kirchwege, Schulwege, Totenwege) benutzt werden dürfen oder nur einem Festumschriebenen Interessenkreis zur Verfügung stehen[70].

---

[69] So verbietet die stadtbernische Polizeiverordnung vom 8. Februar 1911 die Verteilung von Reklamezetteln auf öffentlichem Boden.

[70] *Germershausen* I, 21; *Fleiner* 301.

Wie man spezielle Reitwege schafft, so können z. B. Spezialautostraßen vom Hoheitsträger geschaffen werden. Ohne gesetzliche Spezialbestimmung können ferner die Ortsbehörden kraft ihrer polizeilichen Gewalt im Interesse der öffentlichen Sicherheit die Benutzung öffentlicher Straßen zu gewissen Zeiten oder in gewissem Umfange verbieten[71].

Daß die sog. *Anliegerrechte* keine Sonderrechte darstellen, sondern nur ein besonderes Interesse am Gemeingebrauch, wurde bereits dargelegt (I. 2. dieses Kapitels). Die Straße gewährt daher auch dem Anlieger nicht etwa einen Anspruch auf ungehinderte Aussicht und er hat darum auch kein Beschwerderecht, geschweige denn Entschädigungsansprüche, wenn die Wegebehörde z. B. bei Festanlässen Tribünen auf der Straße errichtet oder wenn sie einem Privaten die Bewilligung erteilt, einen Kiosk aufzustellen. Andererseits können sich aber die gewöhnlichen Straßenbenutzer dadurch nicht etwa als vom Hoheitsträger ungleich behandelt beschweren, weil die Vorteile des Gemeingebrauches den einzelnen Gebietsangehörigen in ungleichem Maße zufließen. Es liegt nämlich in der Natur der Sache, daß derjenige die Straße am stärksten nutzt, der an derselben wohnt und an ihr sein Geschäft betreibt. Was den Anlieger vor anderen begünstigt, ist ein rein faktisches Moment, die Lage seiner Liegenschaft. Andererseits verliert er auch mehr durch Veränderungen und Aufhebungen des öffentlichen Weges. Er hat also durch die faktische Lage seiner Liegenschaft auch mehr Nachteile zu gewärtigen als der gewöhnliche Straßenbenutzer.

b) Sondernutzung.

Die Verwaltungslehre kennt auch eine *erhöhte Ausnutzung* eines öffentlichen Weges zu individuellen Zwecken, die an sich nicht über den bestimmungsgemäßen Gebrauch des öffentlichen Weges hinausgeht. Als eine solche erhöhte Ausnutzung oder *«gesteigerten Gemeingebrauch»* sieht sie z. B. an: das Aufstellen von Marktbuden, Kiosks, Baugerüsten, Legen von Rollbahngeleisen, Lagerung von Bau-

[71] Bern. Reg. R. 28. Juni 1909; M 1907 S. 394. Vergl. auch Zollges. Art. 4 und V. V. Art. 5.

materialien auf öffentlichen Straßen und Plätzen, Anbringen von Schaukästen und Firmentafeln, die in den Luftraum der öffentlichen Straße hineinragen u. a. m. Solche Nutzungen, die nur vorübergehend und oberflächlich die öffentliche Straße berühren, bedürfen nach der herrschenden Lehre einer *Gebrauchserlaubnis,* die kein subjektives Sonderrecht begründet.

Hingegen wird jede dauernde Nutzung an einer öffentlichen Straße für individuelle Zwecke, die weder im allgemeinen, noch im gesteigerten Gemeingebrauch enthalten ist, als wirkliches *Sondernutzungsrecht* angesprochen, das nicht mehr allein auf Grund einer Gebrauchserlaubnis geübt werden kann, sondern einer Verleihung (Konzession) bedarf[72]. Als solche dauernde individuelle Nutzung an Straßen wird das Einbauen von Schienen und Kabeln betrachtet, die Errichtung von Straßenbahnmasten auf Trottoirs, von Wartehallen auf öffentlichen Plätzen u. a. m.

Wir glauben, daß diese Einteilung im bernischen Recht keine Stütze findet. Das StrPG macht keinen Unterschied zwischen dauernden und vorübergehenden Anlagen, zwischen einer Sondernutzung von größerer oder geringerer Intensität. Art. 2 II dieses Gesetzes bestimmt: «Die Erstellung von Anlagen auf Straßengebiet zu Verkehrs- und anderen Zwecken darf nur mit besonderer Bewilligung stattfinden». Art. 3 erwähnt als Beispiele von Anlagen: Abzugskanäle, Leitungen für Wasser, Gas und elektrischen Strom, ferner Transportgeleise, Transmissionen. Zu allen Anlagen dieser Art fordert Art. 3 eine Bewilligung, die für Staatsstraßen (I.–III. Klasse) die Staatsbehörden erteilen, für Gemeinde- und andere öffentliche Wege die Einwohnergemeinde.

Die Vollziehungsverordnung zum StrPG ist noch deutlicher, indem für dauernde Ablagerungen ohne Unterschied eine spezielle Bewilligung gefordert wird (§§ 18, 19). Bei dieser Gelegenheit sei auf eine Unrichtigkeit in dieser Vollziehungsverordnung aufmerksam gemacht. Sie spricht in § 19

---

[72] *Fleiner* 353/354; *Germershausen* I/42; Otto *Mayer* 139, 322, 324 und dort zitierte Literatur.

von einer Bewilligung des Straßen*eigentümers*. Wenn der Boden einer dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straße aber auch im Privateigentum steht, ist die Bewilligung für Anlagen doch nicht vom Privateigentümer, sondern vom öffentlichen Organ des Hoheitsträgers zu erteilen, was nicht nur Art. 3 StrPG bestimmt, sondern die Vollziehungsverordnung selber klar hervorhebt («die kompetente Staats- oder Gemeindebehörde», § 18).

Darnach kennt der bernische Hoheitsträger keine Konzessionierung von Sonderrechten an öffentlichen Straßen, sondern lediglich *Gebrauchserlaubnis*. Während z. B. im bernischen Wasserrechtsgesetz vom 26. Mai 1907 von einer Konzessionserteilung (Wasserkraftkonzession) die Rede ist und die Rechtsverhältnisse der Konzession ausführlich behandelt werden (Art. 10 ff.), auch ein besonderes Dekret über das Verfahren bei der Konzessionierung erlassen worden ist (vom 11.September 1908), wird in dem nur ein Jahr jüngeren StrPG mit keinem Wort von einer Konzessionserteilung gesprochen, sondern lediglich von einer «besonderen Bewilligung» (Art. 2).

Diese Bewilligung stellt sich im Gegensatz zur Konzession als eine *Gebrauchserlaubnis* dar[73]. Eine solche Gebrauchserlaubnis zu individuellen Sonderzwecken, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, konnte der Hoheitsträger ohne Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit nur durch Gesetz regeln. Dies umsomehr, als zugleich auch starke Eingriffe in die Gemeindeautonomie (Art. 2 Ziff. 1 a Gemeindegesetz vom 9. Dez. 1917) gemacht werden, indem die Gemeinden gemäß Art. 4 durch Beschluß des Großen Rates dazu verpflichtet werden können, ihre Straßen und öffentlichen Wege zur Errichtung von Anlagen oder zu speziellen Verkehrszwecken zur Verfügung zu stellen. In dringlichen Fällen kann sogar der Regierungsrat eine provisorische Verfügung erlassen.

---

[73] Man nennt es auch *Polizeierlaubnis (Fleiner* 324), «Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt» (Otto *Mayer* I § 21).

Richtigerweise sollte aber auch vorgeschrieben sein, nach welchen Richtungen ein Gesuch um Erteilung der Bewilligung zu prüfen ist[74]. Die Erteilung der Polizeierlaubnis hängt nämlich nicht vom freien Willen der Behörde ab. Es ist keine reine Ermessenssache. Der Bürger hat ein subjektives Recht auf die Erlaubnis, wenn der Ausführung seiner Anlage keines der im Gesetz bezeichneten polizeilichen Hindernisse im Wege steht. Es ist demnach Verwaltungsbeschwerde zulässig[75]. Die Verweigerung der Erlaubnis enthält die Feststellung, daß polizeiliche Hindernisse bestimmter Art vorhanden sind. Außer der allgemeinen Vorschrift des Art. 2. I, daß die Benützung der öffentlichen Straßen und Wegen zu Verkehrszwecken in einer die öffentlichen Interessen nicht schädigenden Weise jedermann gestattet ist, finden wir keine näheren Bestimmungen, nach welchen die Gesuche um Erteilung von Bewilligungen zu Anlagen zu prüfen sind.

In Ermangelung gegenteiliger Bestimmung kann die Bewilligung nicht nur einer Person, sondern auch einem Unternehmen erteilt werden. In diesem Falle ist sie vom Wechsel der Inhaber des Unternehmens nicht abhängig, während die Polizeierlaubnis sonst nicht übertragbar ist, da sie kein subjektives Recht begründet. Sie stellt lediglich fest, daß gegen die beabsichtigte Tätigkeit des Gesuchstellers keine polizeilichen Hindernisse vorliegen. Auch ist die Polizeibehörde bei veränderter Verkehrslage an ihre Feststellung nicht gebunden und man kann sich nicht etwa auf die materielle Rechtskraft einer solchen Verfügung berufen[76]. Was heute dem Gemeininteresse frommt, kann ihm bei veränderter Sachlage schädlich sein, ebenso wie sich die Anschauungen über die Anforderungen des Staatsinteresses wandeln können. Ein Schadenersatzanspruch wegen solcher Abänderungen entsteht daher nur, wenn er gesetzlich vorgesehen ist. Auch schließt die Abweisung einer Gebrauchserlaubnis nicht die Bewilligung auf ein neuerliches Gesuch aus[77].

---

[74] Vgl. *Landmann*, Komm. z. deutsch. Gewerbeord. 184 ff. 329 ff.
[75] *Fleiner* 326.
[76] *Fleiner* S. 156; *Kormann*, Rechtsgeschäftliche Staatsakte 323 ff.
[77] *Landmann*, Komm. z. deutsch. Gewerbeord. 204; *Fleiner* 167.

Andererseits darf der Hoheitsträger und seine Organe nicht eine erteilte Bewilligung zurücknehmen oder abändern, ohne daß dies das öffentliche Interesse gebietet. Gegen willkürliche Rechtsanwendung dieser Art würde sogar die Anrufung des Bundesgerichtes zulässig sein, als Verletzung des Art. 4 BV. Es steht aber nicht entgegen, daß die Bewilligung an Bedingungen geknüpft werde, bei deren Nichteinhaltung dieselbe ohne weiteres entzogen werden darf. Eine conditio juris ist beispielsweise die Bestimmung der VV zum StrPG, daß die «Ausführung» der Anlagen auf öffentlichem Straßengrund so zu geschehen habe, daß die Straße nicht geschädigt oder der Verkehr nicht beeinträchtigt werde (§ 18). Die Erfüllung einer solchen conditio juris kann auch mit Verwaltungszwang und Bußen erzwungen werden (Art. 16 StrPG).

Die Bewilligung kann aber auch zum Voraus prekaristischen Charakter haben, indem sich die Behörde entsprechend der Sachlage ausdrücklich die Widerruflichkeit wahrt. Der begrenzte Charakter kann ferner durch eine zeitliche Beschränkung zum Ausdruck gebracht werden.

Als einseitiger Hoheitsakt erzeugt die Gebrauchserlaubnis öffentlichrechtliche Wirkungen nur zwischen ihrem Inhaber und der Behörde. Greift eine Tätigkeit, für welche die Polizeierlaubnis erteilt worden ist, in die privaten Rechte Dritter ein, so stehen dem Drittverletzten die ordentlichen Rechtsbehelfe des Privatrechtes zu Gebote[78].

Im Gegensatz zum Gemeingebrauch sieht Art. 3 StrPG für die besondere Gebrauchsbewilligung eine *Gebühr* vor. Die Frage der Zulässigkeit einer Gebühr für die Straßenbenutzung überhaupt (im Rahnem des Gemeingebrauches) wurde bezüglich der bundesrechtlichen Ordnung bereits berührt (2. Kap. I. 3). Nach kantonalbernischem Recht folgt aus Art. 2 StrPG, welcher die Benützung der öffentlichen Straßen zu Verkehrszwecken in einer die öffentlichen Interessen nicht schädigenden Weise jedermann gestattet, im Gegensatz zu Art. 4, welcher für Sondernutzungen eine Gebühr zuläßt,

[78] Das OR behandelt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines konzessionierten Gewerbes sogar strenger (OR 100, 101).

daß die Belastung des Gemeingebrauches durch Abgaben unzulässig ist.

Da nach der Struktur des Rechtsstaates der Hoheitsträger sich selber unter das Gesetz stellt, könnte eine Abgabe für den Gemeingebrauch — abgesehen von der Stellungnahme zu Art. 30 II BV — nur durch ein kantonales Gesetz promulgiert werden. Einer bernischen Verfassungsbestimmung würde ein solches Gesetz theoretisch nicht widersprechen. Praktisch dürfte man ein Zustandekommen eines solchen Gesetzes kaum für möglich halten, da der Bürger den Gemeingebrauch längst als einen Teil seiner Freiheitsrechte erachtet.

Ob die durch das Gesetz vom 14. Dez. 1913 eingeführte Automobilsteuer eine Abgabe für den Gemeingebrauch oder den gesteigerten Gemeingebrauch darstellt, ist eine Frage, die nicht ohne weiteres bejaht werden kann. Der Umstand, daß die «Steuer» «nach der Motorenstärke und Verwendungsart der Fahrzeuge» bemessen wird (Art. 1), könnte einen Anhaltspunkt dafür abgeben, da mit der Motorenstärke auch das Gewicht in der Regel zunimmt und somit die Straßenabnützung intensiver wird.

Einen weiteren Anhaltspunkt für diese Auffassung gibt der Umstand, daß der Ertrag der Steuer ausschließlich für die Verbesserung der Straßen bestimmt ist (Art. 2). Allein dieser Auffassung stehen gewichtige Argumente entgegen. Die Motorstärke entspricht nicht immer dem Gewichte des Wagens, so z. B. nicht bei Rennwagen. Die Aenderung, die durch Gesetz vom 30. Januar 1921 im Art. 1 des Automobilsteuergesetzes bewirkt wurde, besteht in einem Nachsatz, welcher lautet:

«Dies schließt die Auflage einer Entschädigung für ausserordentliche Inanspruchnahme der Straße nach § 2 VV vom 5. Juni 1907 nicht aus.»

Wenn die Erhebung der Steuer nach Art. 1 des Gesetzes vom 14. Dezember 1913, die bis zum Maximum von Fr. 1200 pro Wagen gehen kann, die Auflage einer Entschädigung für außerordentliche Inanspruchnahme der Straße nicht ausschließt, so ist offenbar die gesteigerte Straßenabnützung durch die Steuer nicht gedeckt.

Im übrigen hat Bern zwischen Steuer und Gebühr eine Ausscheidung getroffen, indem es neben der Steuer in der Höhe bis zu Fr. 1200 eine eigentliche *Kontroll- und Bewilligungsgebühr* eingeführt hat, die niedrig gehalten ist[79]. Da die Steuer aus den angeführten Gründen nicht als Straßenabnützungsgebühr charakterisiert werden kann, indem übrigens die Abhängigkeit zwischen staatlicher Leistung und gefordertem Entgelt zu wenig bestimmt ist und dieses Entgelt von ausländischen Durchreisenden überhaupt nicht gefordert wird (Art. 21 Konkordat), so bleibt nur die Kennzeichnung als *Besitzsteuer* übrig[80].

Fraglich könnte es erscheinen, ob die Bestimmung des § 2 VV zum StrPG, welche für eine außergewöhnliche Inanspruchnahme der Straßen und Wege für besondere Zwecke und Unternehmungen «eine angemessene Entschädigung für erschwerten Unterhalt» zuläßt, nicht über den Rahmen des StrPG hinausgreift. Im StrPG ist nämlich eine Gebühr nur für «Anlagen auf Straßengebiet» vorgesehen (Art. 4), nicht aber auch für intensivere Benutzung der Straße für besondere Zwecke oder Unternehmungen ohne Anlageerrichtung. Mit Art. 13 dieses Gesetzes ist nämlich der Regierungsrat durch Erlaß von Verordnungen nur diejenigen Vorschriften aufzustellen befugt, welche «zur Sicherung eines geordneten Verkehrs und zur Vermeidung von Unglücksfällen auf öffentlichen Straßen und Wegen» notwendig erscheinen. Eine Gebührenauflage über den Rahmen des Art. 4 StrPG hinaus erscheint somit kaum zulässig.

[79] Dekr. v. 10. März 1914, Art. 4, setzt folgende Gebühren fest: 1. Für die Verkehrsbewilligung (Motorwagen Fr. 30.—, Motorvelos Fr. 10.—); 2. für die Fahrbewilligung (Motorwagenführer Fr. 10.—, Motorvelofahrer Fr. 5.—, Velofahrer Fr. 2.—); 3. für den internat. Fahrausweis Fr. 5.—. Es kommen hinzu die Kosten der vorgeschriebenen Prüfungen, der Schilder und Ausweiskarten, sowie sonstige Kosten nach Maßgabe des vom Regierungsrat aufzustellenden Tarifs.

[80] *Blumenstein,* Schweiz. Steuerrecht I, 193/194; *Häberlein,* Das Automobil als Objekt der Besteuerung (Schweiz. Z. f. Volksw. und Sozialp. *29* S. 162 ff. stimmt für eine Kombination zwischen einer Gebühr für Straßenabnutzung und einer Aufwand- (Besitz-) Steuer, vgl. insbesondere S. 171).

Das Recht, vom Bürger wegen Inanspruchnahme einer öffentlichen Anstalt eine Gebühr zu verlangen, ist übrigens nicht in den allgemeinen Kompetenzen der Verwaltungsbehörden enthalten. Zur Bestreitung dieser Kosten dienen in erster Linie die Steuern[81]. Der Träger der bernischen Straßenhoheit ist aber gleichzeitig Gesetzgeber auf diesem Gebiete und kann im Wege gesetzlicher Bestimmungen solche Gebühren auferlegen, die sich insbesondere bei außergewöhnlicher Straßenbenutzung Einzelner als Vorteilsausgleichung darstellen. Solche Bestimmungen sind aber jedenfalls als jus singulare einschränkend zu interpretieren. Eine Ausdehnung durch eine Verwaltungsbehörde, wie sie Art. 2 VV gegenüber Art. 2 StrPG darzustellen scheint, dürfte daher kaum als gültig erachtet werden.

Besonders fraglich erscheint uns die Formel, daß der Regierungsrat «nach Gutdünken» spezielle Vorschriften aufstellen und eine angemessene Entschädigung festsetzen darf. Treffend sagt *Fleiner*[81]: «Eine Gebührenpflicht entsteht nur kraft besonderer Anordnung des Gesetzes. Das Gesetz oder die von ihm abgezweigte Verordnung hat gleichzeitig den Gebührentarif festzustellen; denn die Bestimmung der Höhe der Gebühr darf im Rechtsstaat nicht der Entscheidung von Fall zu Fall überlassen bleiben». Richtigerweise hat die stadtbernische Polizeiverordnung vom 8. Februar 1911 für die in dieser Verordnung normierten besonderen Benutzungsfälle öffentlicher Straßen und Plätze einen festen Gebührentarif aufgestellt.

Der *Automobilverkehr*, dessen Ausdehnung einen ungeahnt raschen Verlauf genommen hat, stellt den Träger der Straßenhoheit vor neue Probleme. Einerseits wird der Gemeingebrauch der Straße vom Bürger längst als ein Teil seiner Freiheitsrechte erachtet, andererseits wurde durch die Entwicklung des Automobils zum ordentlichen Verkehrsmittel eine bisher kaum bekannte Form des Gemeingebrauches geschaffen, die besonders große Ansprüche an die Konsistenz des Straßengrundes stellt.

[81] *Fleiner* 338.

Die Benutzung der Straßen steht jedermann und jedem Fahrzeug frei, soweit «weder die Straßen und Wege ungebührlich in Anspruch genommen werden, noch der allgemeine Verkehr darunter leidet» (§ 2 VV vom 5/6 1907). Man kann dem einzelnen Automobil in der Regel nicht nachweisen, daß es die Straßen beschädige, während es andererseits feststeht, daß der Automobilverkehr, also die Summe aller zirkulierender Automobile, das Straßennetz ungewöhnlich abnutzt.

Der Hoheitsträger sah sich diesen Tatsachen gegenüber veranlaßt, den Gemeingebrauch der Straße durch Motorfahrzeuge bedeutend *einzuschränken.* Dieser Eingriff in ein durch Gewohnheit ausgebildetes Freiheitsrecht der Bürger bedurfte keiner Verfassungsänderung, da es verfassungsrechtlich weder im Bund noch im Kanton gewährleistet ist. Andererseits genügte auch ein kantonales Gesetz keineswegs, da sich der Natur der Sache nach der Autoverkehr *interkantonal* abwickelt und eine Regelung desselben ohne Rücksicht auf die Nachbarkantone zu unvermeidlichen Konflikten geführt hätte.

Der Hoheitsträger mußte demgemäß sich zum Weg des *Konkordates* bequemen, wodurch er einerseits sich einer Bindung seines gesetzgeberischen Willens unterwarf, andererseits sich der Kontrolle des Bundes unterstellte (Art. 7 BV). Schließlich wurde mit Annahme des bereits genannten (II. Kap. II. 3) neuen Bundesverfassungsartikels 37bis durch das Schweizervolk (22. Mai 1921) die Befugnis, Vorschriften über Automobile (und Fahrräder) aufzustellen, dem *Bund* übertragen. Den Kantonen wurde durch die neue Bestimmung nur noch das Recht gewahrt, den Automobil- (und Fahrrad-) verkehr zu beschränken oder ganz zu untersagen. Auch gegen solche Verbote und Beschränkungen kann indessen der Bund bestimmte, für den allgemeinen Durchgangsverkehr notwendige Straßen in vollem oder beschränktem Umfange offen erklären und ist, soweit es sich um den Dienst des Bundes handelt, überhaupt im Gebrauch der Straßen unbeschränkt.

Damit ist ein Teil der Straßenpolizeigesetzgebung dem kantonalen Souverän entzogen und die Lösung des Problems der Ordnung des Automobilverkehrs dem Bundesgesetzgeber übertragen worden. Diese Machtbeschränkung der Kantone

war durch die Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung des Autoverkehrs, der ja zum großen Teil Fernverkehr ist, geboten, zumal eine solche Regelung auf dem Wege der Freiwilligkeit (Konkordat), den nicht alle Kantone mitmachten, nicht vollständig erzielt wurde.

Der Automobilverkehr gehört fortan zu den Gegenständen, die der Bund allein, mit Ausnahme gewisser Veto-Rechte der Kantone, durch seine Gesetzgebung ordnet, deren Ausführung aber den Kantonen überlassen ist. Der Bund hat auch bereits ein Ausführungsgesetz zu Art. 37bis beschlossen. Dasselbe wurde aber im Wege des fakultativen Referendums zu Fall gebracht. Eine neue Vorlage dürfte nicht allzulange auf sich warten lassen. Solange der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen wirksamen Gebrauch macht, bleibt allerdings den Kantonen nach wie vor unbenommen, in dieser Materie zu legiferieren. Ebenso bleiben solange die kantonalen Erlasse, Konkordate usw. in Kraft. Sie haben aber nur noch den Charakter *intertemporalen Rechts.*

Es bezieht sich dies insbesondere auf das *Konkordat über den Verkehr mit Motorfahrzeugen und Fahrrädern vom 31. März 1914 und seine Vollziehungsvorschriften.* Dieses Konkordat stellt sich als *interkantonales Straßenpolizeigesetz* zur Regelung des Automobilverkehrs dar. Als solches enthält es einschneidende Beschränkungen des Gemeingebrauches. Es regelt jedoch die Materie nicht vollständig, sondern stellt sich zum Teil als *Rahmengesetz* dar, indem es den Kantonen nicht nur die Ausführungsbestimmungen überhaupt überläßt, sondern sie auch ermächtigt, *ergänzende* Ausführungsbestimmungen zu erlassen (Art. 74).

Zum Teil stellt es sich als bloßes *Blankettgesetz* dar, indem es die Regelung gewisser Materien überhaupt dem kantonalen Hoheitsträger frei läßt (Art. 20, 40, 72).

Die *Beschränkungen des Gemeingebrauches,* die das Konkordat für Motorfahrzeuge statuiert, äußern sich vornehmlich in folgenden Richtungen:

1. In der gänzlichen oder teilweisen *Sperrung gewisser Straßen* für den Autoverkehr (Art. 40). In der Bezeichnung dieser Straßen bleiben die Konkordatskantone souverän.

2. Im *Konzessionszwang für das einzelne Motorfahrzeug* (Verkehrsbewilligung). Die Voraussetzungen für die Erteilung der Verkehrsbewilligung sind dabei gesetzlich festgelegt (Art. 2—11, 50, 51, 53—56) und nicht bloße Ermessungssache.

3. Im *Patentzwang für den einzelnen Wagenführer* (Fahrbewilligung) (Art. 12—18).

4. In den *Vorzugslasten,* die dem Motorfahrer im Gegensatz zu andern Fahrzeugen auferlegt werden. Art. 20 des Konkordates beläßt wohl in dieser Richtung den Kantonen freie Hand, doch haben sämtliche Konkordatskantone davon Gebrauch gemacht.

Die Befugnis, ergänzende Ausführungsbestimmungen zum Konkordat zu erlassen, hat der Kanton Bern *weit überschritten,* indem er mit Dekret vom 11. März 1924 und 24. November 1927 nicht nur Ergänzungen, sondern direkt «Abänderungen» der Konkordatsbestimmungen bewirkt hat. Er hat demgemäß in diesen beiden Dekreten vorgesehen, daß die getroffenen Abänderungen, sofern und solange ihre Annahme durch die übrigen Konkordatskantone nicht stattfindet und dadurch eventuell der Austritt des Kantons Bern aus dem Konkordat erfolgen sollte, als selbständige Vorschriften für den Kanton Bern zu gelten haben.

Es bleibt zumindest fraglich, ob solche Ueberschreitungen des Konkordates, das ja die gesetzgebende Kompetenz des Beitrittskantons bindet, Gültigkeit beanspruchen können. Die Konkordate sind für die beteiligten Kantone solange verbindlich, als von denselben nicht der Rücktritt erklärt oder die Aufhebung des Konkordates durch die Bundesgesetzgebung erfolgt ist[82]. Eine Aenderung der kantonalen Gesetzgebung vermag an sich die Verbindlichkeit des Konkordates nicht aufzuheben. Sie kann wohl für den Kanton die Veranlassung sein, das Konkordat seinerseits zu kündigen, bezw. den Rücktritt zu erklären, bis zu diesem Zeitpukt hat aber die geänderte Gesetzgebung keine Kraft.

[82] Vgl. BGE I (1875) S. 196; anders scheinbar *Fleiner,* Bundesstaatsrecht S. 78 N. 7.

Auch diese Ueberschreitungen des Konkordatrahmens zeigen die schwache Seite des Konkordatsystems und seine Unfähigkeit, die Automobilgesetzgebung einer befriedigenden Lösung entgegenzuführen. Es ist daher die Uebertragung dieser Kompetenz auf den Bund zu begrüßen, welcher nicht verfehlen dürfte, in Bälde den neuen Entwurf eines Automobilgesetzes den eidg. Räten zu unterbreiten, der auch einer event. Volksabstimmung im Wege des fakultativen Referendums sich gewachsen zeigt. Dem kantonalen Souverän werden auch dann noch wichtige Aufgaben bleiben: die Vollziehung des Gesetzes und die fortschreitende Anpassung seines Straßennetzes an die neuen Verkehrsverhältnisse.

3. Straßenpolizei.

Polizei ist diejenige Tätigkeit des Staates, die der Freiheit und dem Eigentum der Bürger die öffentlichrechtlichen Beschränkungen oder Pflichten auferlegt, welche im Gemeininteresse erforderlich sind. Dem Kanton steht eine allgemeine Polizeigewalt von Rechtswegen zu, da sie mit dem Begriff des Staates untrennbar verbunden und in seiner Hoheitsstellung mitenthalten ist. Als Träger der Straßenhoheit steht ihm somit auch die Polizeigewalt auf diesem Gebiete zu. Er hat selbstherrlich darüber zu bestimmen, durch welche polizeilichen Maßnahmen die öffentlichen Interessen des Straßenverkehrs sicherzustellen sind. Es gehören dazu die Polizeivorschriften und deren Vollziehung.

Die *Polizeivorschriften* begründen in der Form von polizeilichen Geboten und Verboten öffentlichrechtliche Pflichten mit Bezug auf die Sicherung und Regelung des Straßenverkehrs, die nicht nur dem Staatsangehörigen, sondern jedem im Staatsgebiete Befindlichen unmittelbar ein polizeigemäßes Verhalten vorschreiben, oder bestimmte Bestätigungen einer individuellen Freiheit auf dem Gebiete des Verkehrs von einer Polizeierlaubnis abhängig machen.

Die Grundvorschriften der kantonalbernischen Straßenpolizei sind enthalten in dem bereits genannten Gesetz über die Straßenpolizei vom 10. Juni 1906. Diesem Polizeigesetz sind sämtliche öffentlichen Straßen und Wege unterstellt,

welche nach Art. 3 Straßenbauges. von 1834 unter der Aufsicht des Regierungsrates stehen (Art. 1). Allein wir haben gesehen, daß der bernische Hoheitsträger darüber hinaus mit seiner Polizeigewalt auch auf Privatstraßen übergreift. Nach § 18 Ziff. 2 AlignG können die Gemeinden Bestimmungen aufstellen über die Bedingungen, unter welchen Privatstraßen errichtet werden dürfen.

Das *Straßenpolizeigesetz* enthält an materiellen Vorschriften die prinzipiellen Bestimmungen über die polizeiliche Ordnung des Gemeingebrauches und der Sondernutzungen an öffentlichen Straßen (Art. 1—5), über die Sicherung eines freien Luft- und Lichtraumes für die Straßen durch Gebäudeabstände und Abstand der Bepflanzungen, sowie der Abschrankungen aller Art (Art. 6—9), über das Freihalten des Straßenkörpers von Verkehrshindernissen und Schonung desselben (Art. 10—12).

Das Schwergewicht der polizeilichen Vorschriften liegt jedoch im *Verordnungsrecht,* das auf diesem Gebiete weitgehend ausgestaltet ist. Besonders finden die *Verkehrsbestimmungen* selbst, die im Straßenpolizeigesetz nicht enthalten sind, in den Verordnungen ihre Regelung.

Im Verordnungsrecht teilen sich der Große Rat, der Regierungsrat, die Gemeinden und die Ortspolizeibehörden (Art. 13, 14 StrPG). Der Große Rat ist ermächtigt, durch Dekret die notwendigen Vorschriften für den Motorwagen- und Fahrradverkehr aufzustellen und die bezüglichen Gebühren zugunsten der Staatskasse festzusetzen. Er hat diese Materie durch die Dekrete vom 10. März 1914, vom 11. März 1924 und vom 24. November 1927 geordnet. Der Regierungsrat hat im Verordnungswege diejenigen Vorschriften aufzustellen, welche zur Sicherung eines geordneten Verkehrs und zur Vermeidung von Unglücksfällen auf öffentlichen Straßen und Wegen notwendig erscheinen. Er hat durch die Vollziehungsverordnung vom 5. Juni 1905 insbesondere die Verkehrsbestimmungen (§§ 4—17) getroffen.

Die Vorschriften, die der Regierungsrat in Vollziehung des Straßenpolizeigesetzes aufstellt, können gemäß Art. 13 dieses Gesetzes mit Bewilligung des Regierungsrates durch die

Ortspolizeibehörde ergänzt werden. Besonders die städtischen Polizeiverordnungen haben die Verkehrsbestimmungen reich ausgestaltet. Mit Genehmigung des Regierungsrates sind nach Art. 13 StrPG die Geminden befugt, sogar gewisse Bestimmungen des Straßenpolizeigesetzes abzuändern, und zwar die Bestimmung der Fußpfade (Trottoirs) neben der Fahrbahn (Art. 2, III), über den Gebäudeabstand und die Anpflanzungen längs Straßen und Wegen (Art. 6—8), über Einzäunungen und Abschrankungen (Art. 9 I), sowie über das Freihalten der Straßen von fremden Gegenständen (Art. 10). Wir haben den seltenen Fall vor Augen, wo der Hoheitsträger einem Selbstverwaltungskörper gesetzgeberische Befugnisse delegiert, die ein Staatsgesetz durchbrechen dürfen.

Inhaltlich ist die Polizeigewalt des Hoheitsträgers über das ihm unterstellte Straßenwesen nur beschränkt durch die Rücksicht auf die öffentlichen Interessen und die Rechtsgleichheit. Die erstere Rücksicht liegt im Wesen der öffentlichen Sache und ihrer rechtlichen Zweckbestimmung[83], die andere ist bundesverfassungsrechtlich gewährleistet. In diesem Rahmen kann der Hoheitsträger seine Polizeigewalt nach Gutdünken gestalten. Das kommt insbesondere auch in der vorhin umschriebenen weitgehenden Delegation der gesetzgebenden gewalt an die Polizeiorgane zum Ausdruck. Es handelt sich nämlich bei den genannten Kompetenzen nicht um bloße Verwaltungsverordnungen, welche die Vollziehung von Gesetzesbestimmungen regeln, sondern um rechtssetzende Funktionen, um Schaffung von Normen über Materien, die nicht in einem Gesetze bereits geregelt sind. Während nach Art. 27 bern. Staatsverfassung der Große Rat die ihm verfassungsmäßig zugewiesenen Verrichtungen, zu denen auch der Erlaß von Dekreten gehört, nicht an eine andere Behörde delegieren darf, enthält Art. 13 StrPG eine Reihe solcher Delegationen gesetzvertretenden Verordnungsrechts an Regierungsrat, Ortspolizeibehörden und Gemeinden.

So besitzt denn auch die Vollziehungsverordnung zum StrPG doppelten Charakter: sie ist teils Verwaltungsverord-

[83] *Fleiner* 282 ff.; Otto *Mayer* II 60 ff.; *Gierke* PR II § 102.

nung, insoweit sie die Bestimmungen des StrPG näher ausführt, teils Rechtsverordnung, insoweit sie selbständige Rechtssätze schafft. Diese sind insbesondere die §§ 4—17 betreffend Verkehrsbestimmungen. Einen ähnlichen Doppelcharakter weist auch die stadtbern. Polizeiverordnung vom 8. Februar 1911 auf.

Inhaltlich regeln die Polizeivorschriften die Sicherung und Freihaltung der Fahrbahn, die zulässigen Verkehrsmittel (Fahrzeuge), die Triebkraft und Fahrgeschwindigkeiten sowie die Ordnung des Verkehrs.

Die *Organe der Straßenpolizei* hat der bernische Hoheitsträger dadurch geschaffen, daß er zunächst die Funktionen der eigentlichen Polizeiorgane, und zwar sowohl der staatlichen wie derjenigen der Gemeinden, auf die Straßenpolizei erweitert hat (Art. 15 Ziff. 1 StrPG), sodann aber dem mit dem Unterhalt und der Beaufsichtigung der Straßen betrauten *Personal* des Staates und der Gemeinden polizeiliche Funktionen übertrug (Art. 15 Ziff. 2 StrPG). Die Oberaufsicht über die Straßenpolizei übt die kantonale Baudirektion aus (Art. 15 I StrPG). Auch eine Delegation straßenpolizeilicher Gewalt an Private erscheint für den Hoheitsträger zulässig. So hat z. B. der Regierungsrat mit Genehmigung des bereits genannten Reglements der Alpweggenossenschaft Kienthal-Gornergrund polizeiliche Gewalt übertragen. Hingegen erscheint es uns recht zweifelhaft, ob der *Richter*, dem der Fehlbare überwiesen wird, der sich der Buße der Genossenschaft nicht freiwillig unterziehen will, ihn nach dem StrPG verurteilen darf. Der genannte Weg ist nämlich im Sinne unserer Ausführungen der Straßenhoheit und somit dem Straßenpolizeigesetz nicht unterstellt worden.

Die Polizeiorgane des Staates und der Gemeinden zerfallen in die Kantons-, Bezirks- und Gemeindepolizei. Dem Regierungsrat ist die *kantonale Polizeidirektion* beigegeben (Dekret vom 30. August 1898), welcher das kantonale Polizeikorps mit militärischer Organisation unterstellt ist (Dekret vom 19. März 1919 und 6. April 1922 und VVdg vom 15. Dezember 1906. Als Polizeiorgan im Amtsbezirk waltet der *Regierungsstatthalter* (Art. 47 bern. Verf. Ges. v. 3. Dez. 1831).

Die Gemeindepolizei oder *Ortspolizei* wird durch die Organe der Einwohner- oder gemischten Gemeinde ausgeübt (GemG. v. 9. Dez. 1917 Art. 2; Dekret v. 27. Jan. 1920). Die Gemeindepolizei amtet im Straßenwesen nicht etwa im übertragenen, sondern im eigenen Wirkungskreise (Art. 2 Ziff. 1 a Gemeindeges.).

Das *Straßenpersonal* besteht aus den Kantons-, Bezirks- und Gemeindeingenieuren, den Oberwegmeistern, Wegmeistern und dem ihnen unterstehenden Personal (vgl. Instrukt. f. d. Wegmeister vom 3. April 1883, VVdg. z. Ges. v. 20. Nov. 1892 über die Beteiligung des Staates am Unterhalt von Straßen IV. Kl. vom 9. Jan 1893 Art. 6 lit. c; Dekret vom 28. Januar 1920 über die Organisation der Direktion der öffentlichen Bauten).

Den Organen der Straßenpolizei obliegt die Anzeigepflicht über jede von ihnen konstatierte Widerhandlung gegen die Vorschriften der Gesetze, Dekrete und Verordnungen betreffend die Straßenpolizei (Art. 15 StrPG).

Die Durchführung der polizeilichen Vorschriften erfolgt durch die ordentlichen Mittel des *Verwaltungszwanges.* Da jeder obrigkeitliche Befehl von Haus aus mit Zwangsgewalt ausgstattet ist, so bedarf die Behörde zur zwangsweisen Vollstreckung ihrer Verfügungen nur insoweit einer gesetzlichen Ermächtigung, als sie zur Erzwingung der geschuldeten Leistung mehr oder anderes anordnet, als in dem ursprünglichen Befehle enthalten ist. Die Zwangsmittel sind dreierlei Art:

1. Die *Ungehorsamsstrafe* (Art. 16 StrPG). Widerhandlungen gegen die Vorschriften über die Straßenpolizei werden nach obiger Bestimmung mit einer Buße von Fr. 1.— bis 500.— bestraft, sofern sie nicht in anderen Gesetzen mit einer höheren Strafe belegt werden. Die Buße wird nicht mehr, wie dies in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes der Fall war, von der Ortspolizeibehörde verhängt, in deren Gebiet die Widerhandlung stattgefunden hat, wonach der Straffällige, wenn er nicht freiwillig die Buße bezahlt, an den Regierungsstatthalter zu Handen des Richters überwiesen wird. Vielmehr erfolgt in allen Fällen richterliche Beurtei-

lung (Abänderungsgesetz vom 14. Dezember 1913 Art. 6). Insbesondere geht in geringeren Fällen das richterliche Strafmandatverfahren voraus (Art. 9).

Der bernische Hoheitsträger hat das sog. Polizeidelikt unter den Begriff des Verbrechens subsumiert. Es folgt dies u. E. aus der Generalklausel des Art. 258 Strafg., der das IV. Buch «von den Polizeiübertretungen» beschließt, und der die Gerichte anweist, «auch fernerhin die Gesetze und Verordnungen» zu beobachten, «über welche dieses Strafgesetzbuch keine Vorschriften enthält». Die Strafe, die der Gesetzgeber an den Tatbestand des Polizeideliktes knüpft, ist somit *kriminelle* Strafe. Die Darstellung des geltenden Rechts muß sich damit abfinden.

Wenn wir, der verwaltungsrechtlichen Lehre entsprechend[84], diese Strafe als Ungehorsamsstrafe charakterisiert haben, so soll hiermit zum Ausdruck gebracht werden, daß den mit Strafe bedrohten Tatbeständen des Straßenpolizeirechtes der inhaltliche Kern des Unrechts, die Verletzung oder die Gefärdung eines Rechtsgutes nicht wesentlich ist. Verletzt wird nicht ein rechtlich geschütztes, sondern ein durch die Verwaltung geäußertes Interesse. Es liegt eine unterlassene Unterstützung der auf Förderung des öffentlichen Wohls gerichteten Staatsverwaltung vor.

Trotzdem steht es naturgemäß dem Hoheitsträger zu, auch eine solche Tathandlung als kriminelles Unrecht zu charakterisieren. Sie unterliegt daher in jeder Beziehung strafrechtlicher Behandlung. Der Hoheitsträger geht soweit, sogar *Beschlagnahme* von Fahrzeugen, Maschinen, Instrumenten, Werkzeugen und anderen Gegenständen vorzuschreiben, die bei der Uebertretung der Vorschriften des Straßenpolizeigesetzes verwendet werden, allerdings nur zur Sicherung der Buße (Art. 15 IV StrPG).

2. *Ersatzvornahme.* Die Behörde kann bei Widerstand des Pflichtigen ihre Anordnung mit eigenem unmittelbaren Zwang durchführen. So bestimmt § 17 AlignG: «Jeder Bau, welcher den Bestimmungen dieses Gesetzes und den gestützt

[84] *Fleiner* 184; *Goldschmidt*, Verw. R. 28; *Otto Mayer* I 328.

auf dasselbe erstellten Plänen und Vorschriften zuwider ausgeführt wird, soll auf Verlangen der betreffenden Gemeindebehörde nach den Bestimmungen des Gesetzes über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen vom 20. März 1852 auf Kosten der Fehlbaren weggeräumt werden.»

Der für die Ersatzvornahme aufgewendete Betrag stellt eine selbständige, öffentlichrechtliche Schuld des Pflichtigen dar, die bei ihm zwangsweise eingetrieben wird.

3. *Der unmittelbare Zwang gegen Vermögen und Personen.* Inwieweit es sich um Geldbeträge handelt, findet kein besonderes verwaltungsrechtliches Zwangsverfahren statt, sondern das gewöhnliche Betreibungsverfahren nach SchKG[85].

[85] *Blumenstein* Hdb. 136.

Der Hoheitsträger könnte angesichts des Art. 64 BV und 38 SchKG kaum ein solches kantonales Betreibungsverfahren für Geldforderungen schaffen. Hingegen findet die Zwangsvollstreckung administrativer Entscheidungen, die nicht auf Geld lauten, im Administrativverfahren statt (Gesetz vom 20. März 1852) wenn nicht richterliche Verurteilung erfolgt. Gemäß Art. 16 StrPG kann neben richterlicher Verurteilung zu Bußen wegen Verletzung dieses Gesetzes auch die Verurteilung zur Entfernung von ungesetzlich erstellten Anlagen erfolgen. Ein solches Urteil als richterliches wird nach dem Vollstreckungsverfahren der bernischen Zivilprozeßordnung (Art. 397 ff. ZPO) vollzogen[86].

[86] *Leuch,* Komm. z. ZPO N. 1 Art. 402.